



TRAITÉ DES HYPOTHEQUES.

DIVISÉ EN DEUX PARTIES.

Par Mᵉ HENRY BASNAGE Ecuyer, Seigneur du Franquesney, Avocat au Parlement de Normandie.

SECONDE EDITION.

Revûë & augmentée.





A ROUEN,
Chez JEAN LUCAS, sur le Quay, vis-à-vis le Pont.

M. DC. LXXXVII.

AVEC PRIVILEGE DU ROY.



A MONSEIGNEUR LE BLANC, CHEVALIER, CONSEILLER DU ROY EN SES CONSEILS, Mᴱ. DES REQUESTES ORDINAIRE DE SON HOSTEL: ET INTENDANT DE LA JUSTICE, POLICE ET FINANCES EN NORMANDIE.



ONSEIGNEUR,

Il est assez ordinaire dans le commerce du Monde que ceux qui doivent, payent leurs

creanciers d'ingratitude & de mauvaise foy ; C'est pour cette raison que l'on a eu besoin de faire un grand nombre de Loix , & d'inventer toutes les precautions & les seuretez dont je parle dans cet Ouvrage pour assurer le droit des uns , & pour obliger les autres à s'acquiter de leurs promesses : Mais suivant la pensée d'un ancien Philosophe , il n'a pas été nécessaire d'établir une Loy pour engager les ames bien nées à reconnoître les graces qu'elles avoient reçûës , parce que la gratitude par une Loy naturelle & tacite est toujours inseparable du bienfait. C'est, MONSEIGNEUR, pour satisfaire en quelque sorte à ce principe d'honneur & aux grandes obligations que je vous ay, que je prens la liberté de vous offrir des fruits de mon travail. Je croirois ne m'en acquiter que foiblement si je n'en témoignois mon ressentiment que par des vœux secrets de mon cœur. La reconnoissance que je vous dois pour être en quelque façon proportionnée aux bontez que vous avez eüës pour moy ne doit pas être cachée , & il est juste qu'elle éclate par quelque marque publique de mon respect & de mon attachement. L'on peut s'acquiter d'une dette en rendant ce que l'on a emprunté ; mais ces obligations & ces engagemens que les bienfaits acquierent sur les esprits

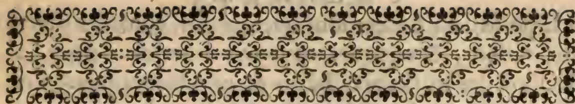
ne

ne doivent jamais finir. Je ne ſuis pas le ſeul en cette Province, MONSEIGNEVR, qui vous doit des remercimens : Dans ce glorieux employ dont il a plû à nôtre grand Monarque de vous honorer, & où vous répondez ſi dignement à l'eſperance qu'il avoit conçûë de vôtre ſage conduite, vous vous êtes acquis une aprobation generale; ceux qui croyent être foulez trouvent en vous la protection dont ils ont beſoin, & les Peuples ne reclament jamais inutilement vôtre ſecours pour leur ſoulagement, parce que vous ſçavez bien adoucir la rigueur de la Loy par un temperament équitable : Pluſieurs Communautez doivent leur repos à vos laborieuſes applications les ayant delivrées de ces accablemens de dettes où elles étoient reduites par les deſordres qui s'y étoient gliſſez; Et il nous reſtera en pluſieurs lieux de cette Province des marques fort utiles des ſoins que vous avez pris pour la commodité publique. Ce ſont, MONSEIGNEVR, des effets de vôtre prudence & de vos genereuſes inclinations qui vous acquierent des applaudiſſemens publics, & qui nous font faire des vœux ſinceres & ardens pour la continuation de vôtre proſperité. Cependant recevez s'il vous plaiſt favorablement cet

engagement public de mes affections à vôtre service, & me croyez avec respect,

MONSEIGNEUR,

Vôtre tres-humble & tres-obeïssant Serviteur,
H. BASNAGE.



PREFACE.

COMME il eſt toûjours plus avantageux pour un Ouvrage que l'Impreſſion s'en faſſe ſous les yeux de l'Auteur, il eût été à ſouhaiter que celuy de cette ſeconde Edition du TRAITE' DES HYPOTHEQUES eût pû revoir ſon Ouvrage & prendre luy-même le ſoin de l'Impreſſion. Mais ſon abſence, & la confiance qu'un Pere prend d'ordinaire trop aiſément en ſon Fils, ont fait que je ſuis demeuré chargé d'un ſoin qui eût été beaucoup mieux entre ſes mains. Je ne pretens pourtant pas me faire honneur de tout ce qui y eſt ajoûté, l'Auteur y avoit travaillé luy-même; la matiere des Hypotheques eſt ſi importante & ſi difficile que je veux bien avoüer que ſix ou ſept années d'aſſiduité au Bareau ne m'ont pû donner ni aſſez de vanité ni aſſez de capacité pour vouloir inſtruire le Public. Je diray donc ingenûment qu'excepté quelques Arreſts que j'avois eu ſoin de recueillir, j'y ay ajoûté peu de remarques de mon chef en ſuivant toûjours exactement les traces & l'Ouvrage que j'avois devant les yeux. Je ſuis ſûr que c'eſt un reſpect & une timidité que le Public ne condamnera pas, parce que l'on ſera bien aiſe de voir les opinions & les raiſonnemens de l'Auteur tels qu'ils ſont partis de ſa plume, & ſur tout dans ces ſortes de matieres où le nom

& le poids d'un Auteur ſont quelquesfois comptez pour une raiſon, & regardez comme une autorité pour la déciſion des matieres difficiles & problématiques. En effet, c'eſt une eſpece de juſtice & même de récompenſe que l'on doit aux habiles gens que de pancher toûjours un peu du côté de leurs ſentimens, & de preſumer qu'ils ont choiſi le bon party, pourvû que l'on ſe reduiſe dans les termes d'une juſte préoccupation qui ne puiſſe exclure la raiſon ni l'examen du party opposé.

Or pour dire un mot de l'Ouvrage meſme, il eſt certain que de toutes les matieres du Palais dont la connoiſſance eſt plus neceſſaire au Public, celle des Hypotheques tient le premier rang, tant parce qu'elle eſt plus ordinaire dans le commerce, que parce qu'elle eſt tres-importante, puis qu'une précaution bien ou mal priſe, une clauſe bien ou mal expliquée, peut entraîner la chûte d'une famille, ou en ſoûtenir la fortune.

Il eſt vray que dans l'eſprit de quelques anciens Philoſophes, un Traité des Hypotheques qui n'eſt principalement qu'un Recueil de précautions ou de remedes contre la malice & l'infidelité des hommes eût paſſé pour un outrage fait au genre humain. Seneque entr'autres ſe déchaîne terriblement contre ces timides & honteuſes précautions ; & aprés avoir declamé de toute ſa force contre une défiance ſi generale, il finit en diſant que, *Satius eſſet à quibuſdam decipi quàm ab omnibus diffidere.* C'étoit dans le même eſprit qu'un amy ſe plaignoit aigrement de ſon amy, qu'il avoit mieux aimé aſſûrer ſon argent ſur ſes heritages

&

& ſur ſes poſſeſſions que de le confier à leur ancienne amitié,

Quod mihi non credis veteri Teleſine ſodali, Mart.
Credis colliculis arboribúſque meis.

Mais ces ſentimens ſi fiers & ſi Philoſophes ne ſont bons que pour l'ornement d'un Livre, & ils ſont ſi bien abolis dans l'uſage & dans le commerce de la ſocieté civile, que toute la bonne opinion que l'on doit avoir du plus honnête homme n'eſt point bleſſée par les précautions d'un Contrat. Ainſi puis qu'il eſt permis de contracter plûtoſt avec le bien qu'avec la perſonne, l'Auteur aprés le grand travail de ſon Commentaire ſur la Coûtume ne pouvoit rendre un ſervice plus utile au Public que d'aprofondir & d'éclaircir une matiere ſi importante & ſi peu agitée dans les Auteurs.

En effet, elle n'a été traitée par aucun Auteur de cette Province, les Commentateurs de nôtre Coûtume ſont fort ſecs & fort ſteriles ſur ce ſujet. Dans le Royaume même nous n'avons gueres que Goujet, l'Echaſſier, & l'Auteur du Traité de la Subrogation où la matiere generale n'eſt pas même traitée *ex profeſſo*, qui en ayent fait des Traitez; encore ſont-ils fort bornez & d'aſſez peu d'étenduë, & quoy que les maximes des Hypotheques ſoient fort generales, & que celles que l'on trouve dans le Droit Civil ſoient aſſez univerſellement reçûës, nous avons pourtant encore nos régles & nos maximes particulieres. L'Edit du Contrôle qui n'a point été reçû à Paris comme en Normandie, le remplacement des Propres, l'Hypotheque de la Dot & du Doüaire forment des queſtions qui ne ſe decident que par nos Uſages & l'eſprit particulier de nôtre Coûtume ſans

Philipp. d'Ernuſ-ſon.

rapport au Droit Civil, ni aux autres Coûtumes du Royaume. D'ailleurs, si le Droit Civil a posé les maximes fondamentales, il n'a pourtant pas prévû tous les cas; & comme dans le nombre presque infini d'hommes que la nature a produits, il est fort rare qu'elle en ait formé deux tout à fait semblables; de même dans les questions civiles les faits sont presque infinis, & sont rarement assez semblables pour tomber sous la decision positive de la Loy. Aprés tout, à l'égard des régles generales, s'il y en a qui soient universellement reçûës parce qu'elles sont formées par le bon sens & la raison commune à tous les hommes, il y en a aussi qui sont si problématiques, & si bien soûtenuës par des raisons opposées que l'on peut se déterminer pour l'un ou pour l'autre sentiment sans trop s'écarter de la raison; & sur cela Montaigne rapporte assez agreablement qu'un Juge de ses amis rencontrant de ces questions douteuses dans les Livres, mettoit à la marge, *Question pour l'Amy*, parce qu'alors l'amitié peut déterminer l'incertitude de l'esprit suspendu par l'égalité des raisons. Il a donc été necessaire d'expliquer les cas qui se sont presentez, & que le Droit n'a pas prévûs, & d'exposer aux yeux du Public la Jurisprudence que les Arrests ont formée en ce Parlement sur les questions problématiques.

Pour les questions qui dépendent de l'esprit & du texte de la Coûtume, l'on n'a pas moins besoin de guide & d'instruction, parce que la raison, & la décision des autres Coûtumes n'y peuvent pas suppléer. En effet, les décisions des Coûtumes sont si opposées qu'il faut necessairement avoüer que la raison ne leur a pas servi de fondement, puis qu'il est impossible de concilier

leurs dispositions differentes. C'est pourquoy l'on a fait *M. le M.*
cette belle reflexion, que c'est une chose admirable que les Romains qui ne regnent plus par leurs forces, regnent pourtant encore par la justice de leurs Loix qui ont survécu à leur formidable Monarchie, que les Coûtumes commandent comme à des Sujets qui sont obligez d'obeïr, mais que le Droit Romain commande aux hommes comme raisonnables. Chaque Peuple, chaque Province s'est formé des constitutions par rapport à ses mœurs & à son temperament. Par consequent il ne faut chercher la décision de ces sortes de questions que dans l'esprit & la raison fondamentale de la Coûtume même, & cela ne peut être bien expliqué que par une personne qui en soit instruit par sa propre experience.

Au reste, l'Auteur n'a rien changé dans l'ordre & & dans la conduite de son premier dessein, il s'est contenté d'éclaircir ce qui ne l'avoit pas assez été, d'ajoûter ce qui pouvoit être échapé à sa plume & à ses premieres reflexions, d'apuyer par de nouvelles raisons, & par de nouvelles autoritez ce qu'il avoit avancé, & de raporter les Arrests rendus sur des questions qui se sont presentées depuis la premiere Impression, ou qui ont formé des décisions contraires à ceux qu'il avoit déja raportez.

On ne doit pas s'étonner de ce que j'ay dit que l'on ajoûte à cette seconde Edition des Arrests qui ont decidé le contraire à d'autres precedens, comme on l'a pû encore remarquer dans le dernier Commentaire sur la *Basn.*
Coûtume, où l'on fait voir que divers Arrests raportez par Berault & Godefroy sont tout à fait abolis aux Palais,

quoy qu'ils fussent rendus sur des questions assez generales, car cela peut être soûtenu par exemple & par raison. 1°. Le Droit Romain qui est la source du bon sens & de la raison, & un recueil merveilleux de la prudence de tant de sages & de grands Jurisconsultes, est pourtant rempli d'antinomies, c'est à dire de Loix si opposées que toute l'adresse & tout l'effort des Docteurs ne les sçauroit concilier. 2°. Il est vray que quand la Loy a parlé d'une maniere claire & positive, il n'est pas permis de s'en écarter ; quelque dure qu'elle soit, il faut s'en tenir à sa décision, parce que l'autorité des Loix tomberoit bien-tôt en ruine s'il étoit permis d'en rechercher les motifs & le fondement avec trop de curiosité. C'est affoiblir la Loy que d'en vouloir chercher la raison, parce que l'on s'imagine que du moment que la raison a cessé l'on est dispensé d'obeïr à la Loy ; & c'est dans ce cas que la Jurisprudence des Arrests ne doit jamais balancer. Mais lors que la Loy n'a pas decidé l'espece particuliere qui se presente, & que l'ambiguité des termes donne lieu à l'interpretation, c'est alors que le Juge doit interpreter *ex æquo & bono*, suivant l'esprit de la Loy & les circonstances du fait, *jus enim est ars æqui & boni.* Or comme en toutes choses les extremitez sont vicieuses, il y a quelquesfois de l'injustice à vouloir être trop juste, *summum jus, summa injuria.* Sous pretexte de s'attacher à l'esprit de la Loy dans toute sa rigueur, l'on s'éloigne aisément de l'équité qui est naturellement contraire à cette Justice inflexible qui ne pardonne rien : quelquesfois aussi par une fausse pitié, & sous l'apparence trompeuse de l'équité l'on s'éloigne des régles de la Justice. C'est donc au Magistrat

Magiſtrat à bien peſer les differentes circonſtances pour trouver ce juſte temperament, qui ſçait moderer la rigueur de la Juſtice par l'équité, *Nam etſi nihil mutandum ex ſolennibus, tamen ubi æquitas poſcit ſubveniendum eſt.* Par conſequent quoy que la déciſion des Arreſts faſſe une partie de la Juriſprudence ſuivant la Loy, *Non ambigitur Senatum jus facere poſſe*, il faut pourtant avoüer ſuivant ces maximes que cette difference neceſſaire des Arreſts dépend de la difference des circonſtances du fait & des perſonnes, dont les unes ſont favorables & ſous la protection particuliere de la Loy, & les autres en meritent toute la colere & toute l'indignation. 3°. Il eſt certain auſſi que cette diverſité dépend du temperament & de la diverſe ſituation des eſprits, dont les uns fermes & inflexibles ſe portent toûjours à une vigoureuſe obſervation de la régle, & les autres ou moins fermes ou plus humains ſe laiſſent entraîner à la triſte peinture d'une famille deſolée. Enfin, les Avocats ſont comme ceux qui tirent à un but qu'ils ne voyent pas, ils ne peuvent pas diſtinguer qui ſont les traits qui l'ont percé. Le but c'eſt le cœur des Juges. Ainſi il eſt difficile que les Areſtographes puiſſent toûjours aſſez bien remarquer les eſpeces particulieres, & penetrer tous les motifs qui ont porté les Juges à rendre leur Jugement, pour en faire des régles & une Juriſprudence aſſûrées. C'eſt pourquoy il en faut toûjours revenir à cette régle, *Etſi nihil facile mutandum ex ſolennibus, tamen ubi æquitas poſcit ſubveniendum eſt*, laquelle jointe avec les circonſtances que j'ay remarquées peut ſervir de raiſon & de fondement à la diverſité des Arreſts.

ff. de in integ. Reſt. l. 7.

ff. de Leg. & S.C. l. 9.

Enfin, comme il est difficile qu'une seule personne puisse recueillir tous les Arrests qui se rendent au Palais, il n'est pas impossible qu'il n'en soit échapé quelques-uns aux soins de l'Auteur, c'est pourquoy il seroit à souhaiter que le Bareau ayant produit des sujets capables d'en soûtenir l'honneur & la gloire, ils eussent voulu se donner la peine de publier les plus celebres Arrests qu'ils auroient remarquez, & même leurs Plaidoyez les plus travaillez, tant pour l'instruction du Public, que pour servir de modêle & aussi d'éguillon aux jeunes gens. Ce soin a paru si utile & si necessaire au Parlement de Paris qu'il en a produit un nombre considerable qui sont entre les mains de tout le monde comme des sources publiques où l'on va puiser des exemples & des raisons; & encore aujourd'hui deux celebres Avocats dérobant quelques heures à leurs occupations du Bareau enrichissent tous les ans le Public d'un Volume d'Arrests où les matieres sont traitées non seulement avec beaucoup de science & de solidité, mais encore avec tant de politesse que les épines du Bareau s'y font rarement sentir: quelque sombre que soit quelquesfois leur matiere, ils sçavent si bien l'art de l'égayer par des traits & des réflexions ingénieuses que l'on n'y trouve point cette secheresse rebutante si ordinaire dans ces sortes d'Ouvrages. Il seroit donc dis-je à souhaiter que ces illustres exemples eussent pû exciter au milieu de nous une noble jalousie & une belle émulation.

Mr. le P. President de Ris. Mais il y a tout lieu d'esperer que le nouvel Astre qui commence à paroître sur nos têtes va nous amener de beaux jours, qu'il va faire refleurir les Sciences & rallumer l'amour des belles Lettres. Il sort d'une maison si

féconde en grands Hommes, qu'il est né pour ainsi dire dans la Pourpre, puis que sans parler de Monsieur l'Evêque de Tulles, d'Orleans, de Maçon & de Carcassonne, il a le glorieux & singulier avantage de compter dans sa Famille un Premier President du Parlement de Bretagne, trois Premiers Presidens de ce Parlement, & d'être luy-même le quatriéme. Si la gloire des Ancestres rejallit sur la posterité, rien n'en releve plus l'éclat, que quand ceux qui sont chargez d'un grand nom sçavent bien le soûtenir, & en le faisant passer de siecle en siecle imitent ces grands fleuves qui en parcourant les Provinces grossissent leurs eaux par leurs cours. Ainsi si Mr. le P. President brille du rang & du merite de ses Ayeuls, leur gloire aussi reçoit un nouvel éclat d'avoir un Successeur si digne de recüeillir une succession aussi illustre que celle de leurs vertus & de leur rang. Les beaux emplois par où il a passé, la sagesse, l'équité, le desinteressement, & la vigilance infatigable qu'il y a fait paroître, ont été comme autant de degrez pour monter sur le Trône de ses Peres. En un mot, le choix de S. M. qui parle mieux que les éloges des plus éloquens Orateurs, l'a revêtu d'une Charge à la fleur de son âge que les plus âgez qui ont blanchi sous la robe regardent comme une ample recompense des services de toute leur vie. Mais il ne faut pas compter ses années, il faut compter son merite, ses emplois, la maniere dont il a gouverné les grandes Provinces que le Roy luy a confiées, car c'est ce compte si glorieux pour luy qui a paru plus sûr à S. M. qu'une vieillesse avancée.

Acta senem faciunt hæc numeranda tibi. *Ovid.*

Le dicours qu'il a prononcé en prenant ſa place eſt un vif rayon des lumieres & de la politeſſe de ſon eſprit, & en entrant dans une ſi belle carriere, il a voulu donner un beau modêle, & une noble leçon de l'éloquence qu'il veut rétablir. Auſſi la Province a-t'elle conçû d'agreables eſperances, & répandu toute ſa joye en recevant le digne Succeſſeur d'un Nom qu'elle eſt accoûtumée d'aimer & de reſpecter, & en le voyant reprendre une place que le paſſé nous apprend être deſormais hereditaire dans ſa Famille.

Virg. *Dis genite, & geniture Deos.*

FIN.

EXTRAIT DU PRIVILEGE DU ROY.

LOUIS par la Grace de Dieu, Roy de France & de Navarre : A nos amez & feaux Conseillers les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maistres des Requestes ordinaires de nôtre Hôtel, Baillifs, Seneschaux, Prevosts, Juges, leurs Lieutenans, & tous autres nos Justiciers & Officiers qu'il appartiendra, SALUT. Nôtre amé JEAN LUCAS Imprimeur & Marchand Libraire de nôtre Ville de Roüen, Nous a remontré qu'il a cy-devant imprimé en vertu de nos Lettres de Privilege un Livre intitulé, *Le Traité des Hypotheques, composé par Mᵉ Henry Basnage Avocat en nôtre Parlement de Normandie*, lequel il desireroit réimprimer : Et dautant que le temps porté par nosdites Lettres est prest à expirer, il Nous a tres-humblement fait suplier de luy accorder nos Lettres sur ce necessaires. A CES CAUSES, Voulant favorablement traiter l'Exposant, Nous luy avons permis & accordé, permettons & accordons par ces Presentes, de réimprimer, faire réimprimer ledit Livre en tels Volumes, marges & caractéres, & autant de fois que bon luy semblera pendant le temps de dix années consecutives, à commencer du jour de l'expiration de nôtredit precedent Privilege, iceluy vendre, debiter & distribuer par tout nôtre Royaume. Faisons défenses à tous Libraires-Imprimeurs, & autres, d'imprimer & faire imprimer ledit Livre sur les anciennes Copies, ou autrement, en quelque sorte & maniere que ce soit sans le consentement de l'Exposant ou de ses ayans Cause, ni le debiter & vendre, à peine de confiscation des Exemplaires contrefaits, Trois mil livres d'amende payable sans deport par chacun des Contrevenans, aplicable un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers à l'Exposant, & de tous dépens, dommages & interests, ainsi qu'il est plus amplement porté par le Privilege. DONNE' à Chambor le vingt-sixiéme jour du mois de Juillet, l'an de grace mil six cens quatre-vingt-cinq, & de nôtre Régne le quarante-trois. Signé, Par le Roy en son Conseil, JUNQUIERES.

Registré sur le Livre de la Communauté des Marchands Imprimeurs-Libraires de Paris, ce 30 jour de Juillet 1685. Signé, ANGOT, Syndic.

Les Exemplaires ont été fournis.

ü

TABLE DES CHAPITRES DU TRAITÉ DES HYPOTHEQUES.

PREMIERE PARTIE.

SECONDE PARTIE.

Fin de la Table des Chapitres.

TRAITE'



TRAITÉ DES HYPOTHEQUES.

CHAPITRE PREMIER.

I. De la cause, & de l'origine des Hypotheques.
II. Du remede que l'on pourroit pratiquer pour les assurer.



LA Coûtume de Normandie nous a donné peu de regles, & de décisions touchant les Hypotheques. Pour suppléer en quelque sorte à ce defaut, je m'étois proposé sur l'Article 593. de cette Coûtume de m'étendre un peu davantage sur cette matiere, & de raporter quelques Arrests qui avoient decidé des questions importantes ; mais ayant remarqué que les constitutions de rente, & les Offices, qui sont aujourd'huy une partie si considerable du patrimoine des familles, faisoient naistre un nombre infini de difficultez touchant l'Hypotheque, & la preference entre les creanciers, il m'a paru que cette partie de nôtre Jurisprudence meritoit plus d'étude & d'application, puis

Dessein de l'Auteur.

que la connoissance en est si utile & si necessaire, & que l'usage en est si grand dans le cours des affaires du monde.

La necessité qu'il y a de prêter & d'emprunter, & de la difficulté d'asseurer les Hypotheques.

Car il est presque impossible dans le commerce de la societé civile de n'emprunter & de ne prester point; l'on n'emprunte pas toûjours par besoin, on le fait quelquefois pour en profiter, & l'on est obligé de prester pour ne laisser pas son argent inutile, & pour en tirer du benefice: Ces deux considerations ont rendu les contrats d'emprunt & de prest, ou pour parler selon nos usages, les contrats de constitutions de rentes fort frequens & fort ordinaires, & comme les obligations que les Hommes contractent n'ont pas toutes un mesme principe, & qu'elles ne sont pas de mesme qualité, il arrive souvent de la difficulté entre les creanciers d'une mesme personne touchant leur preference, leur privilege, ou leur concurrence sur les biens de leur debiteur; C'est pourquoy comme l'on n'emprunte qu'à condition de rendre, & que l'on ne preste que dans l'esperance d'estre restitué de ce que l'on a baillé, & que d'ailleurs la bonne foy des debiteurs est fort rare, les creanciers ont cherché divers moyens pour assûrer leurs deniers par l'engagement & par l'hypotheque generale des biens de leurs debiteurs; mais quelques contrats qu'ils fassent & quelques précautions qu'ils y aportent, il leur est souvent impossible de penetrer dans le fond des affaires de ceux avec qui ils contractent & de découvrir leur insolvabilité.

Le Droit Romain est moins parfait que le Droit François.

Nous avons sur ce sujet plus de trente titres dans le Digeste & dans le Code, & neanmoins nonobstant toutes les lumieres & la grande penetration d'esprit de ces sages Legislateurs, le Droit Romain est encore moins parfait que le Droit François: nos anciens Praticiens y ayant adjoûté beaucoup de choses qui servent à mieux assûrer les creanciers & à prévenir les fraudes.

L'on s'assure sur les Personnes, & sur les choses.

Voicy comment l'on a tâché de prester son argent avec sûreté: l'on ne s'est pas contenté d'une obligation pure personnelle, parce qu'elle n'est pas assez solide, & assez permanente finissant avec la personne. L'on a trouvé beaucoup plus de sûreté dans les obligations réelles, & c'est pourquoy l'on a tâché de s'assûrer sur les Personnes, & sur les choses.

Cela se fait

Cela se fait en deux manieres, ou par des Gages ou par des

Cautions, *Prædiis, aut Prædibus*. Je parleray, premierement des gages, & en suite des fidejusseurs.

en deux manieres.

Le Gage étoit sans doute le moyen le plus assûré. *Nam plus cautionis est in re quàm in persona*; & par la tradition actuelle qui se faisoit du gage, le creancier en demeuroit saisi jusqu'à ce qu'il eust esté remboursé; mais cette maniere de ne contracter que sous un gage fut enfin trouvée trop incommode, sur tout à l'égard des heritages : Car il étoit fascheux que l'on ne pust emprunter de l'argent qu'en se désaisissant de la possession de son fonds, quoy que le prest ne dust pas durer long-temps. De sorte que comme l'argent est un perpetuel commerce, il falloit à chaque prest changer de possesseur, & faire de nouveaux engagemens : ce qui causoit de la perte & de la diminution en la valeur des terres, le creancier qui n'étoit pas assûré de les garder long-temps, ne prenant pas soin de les cultiver, & de les meliorer.

De l'incommodité des gages.

L'on fut donc obligé dans la suite de se contenter d'une simple convention, par laquelle le debiteur engageoit seulement son fonds sans en quitter la possession, à condition toutefois de l'abandonner, & mesme de pouvoir y estre contraint, lors qu'il manquoit à payer dans le temps préfix : cela fut premierement introduit, & pratiqué par les Grecs, & depuis les Romains emprunterent d'eux & le nom & la chose, à sçavoir le terme d'*Hypotheque*.

L'on s'est contenté d'une simple convention.

Cette invention de trouver de l'argent en obligeant son bien de parole seulement & sans s'en dessaisir parut si commode qu'elle fut receuë favorablement par tout, & pour la rendre encore plus aisée tant au debiteur qu'au creancier, l'on permit d'adjoûter cette clause, que l'on engageoit non seulement les biens presens, mais aussi les biens à venir, *Quæ nunc habet, quæque postea adquisierit*, & enfin pour favoriser encore davantage les Hypotheques, & les rendre plus aisées, l'on a jugé que mesme cette paction n'étoit point necessaire, & qu'elle étoit toûjours soûs-entenduë quoy qu'elle eust esté obmise.

L'on peut engager non seulement les biens presens, mais aussi ceux à venir.

Mais si d'un costé cette maniere de contracter a paru si commode & si aisée aux debiteurs, d'un autre costé elle est devenuë fort perilleuse aux creanciers, étant difficile de faire toûjours des constitutions de rentes bonnes & assurées, ou d'acquerir

Cette maniere de contracter est aisée pour les debiteurs, mais peril-

leuse pour les crediteurs.

ſans crainte d'eſtre depoſſedé quelque précaution que l'on y apporte, & quelque exacte information que l'on faſſe des facultez de celuy avec lequel on contracte. On meriteroit infiniment du public, ſi pour prevenir les fraudes & les tromperies qui augmentent tous les jours par la neceſſité publique, l'on pouvoit trouver quelque voye propre pour empeſcher qu'un debiteur ne puſt hypothequer ſes biens au-delà de leur vraye valeur, en ce faiſant l'on prêteroit & l'on achetteroit avec ſureté, cependant quoy que les Contrats d'achat, de vente & de preſt ayent eſté en uſage parmy tous les Peuples & dans tous les Siecles, il ſemble que l'on ait tenté inutilement de donner une pleine aſſurance à ceux qui achettent, ou qui prêtent ſous une ſimple Hypotheque.

Uſages des Grecs.

Les Grecs dont nous avons emprunté l'uſage des Hypotheques, comme le terme le marque, pratiquerent cette invention : Lors que le debiteur ne ſaiſiſſoit pas ſon creancier du gage, ou qu'il ne prenoit pas la poſſeſſion du gage qui luy étoit hypothequé, il y apposoit des marques & des ſignes viſibles qui donnoient à connoiſtre l'engagement que le propretaire en avoit fait.

Quelle étoit l'ancienne Juriſprudence Romaine.

Par l'ancienne Juriſprudence de Rome, la tradition actuelle de la choſe engagée & hypothequée étoit neceſſaire, *quia*, dit une loy, *traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*, & ſans doute l'on évitoit par cette voye deux grands deſordres : Le premier, que celuy qui étoit actuellement ſaiſi de ſon gage, ne ſe mettoit point en peine des hypotheques que ſon redevable contractoit par aprés, parce que l'engagement qui n'étoit point realizé par une tradition actuelle devenoit inutile : Et le ſecond, que ce poſſeſſeur ne pouvoit eſtre forcé de remettre le gage, ou d'en conſentir la vente ; il falloit le rembourſer, *Pignori incumbebat, & ab eo avocari non poterat niſi reſtituto pretio*, & par conſequent il n'étoit pas neceſſaire d'en venir à la ſubhaſtation.

Mais le commerce & le beſoin d'argent eſtant devenu plus grand par la grandeur de Rome, & l'ambition ayant porté les hommes à de hautes entrepriſes, l'on fut contraint de contracter pluſieurs dettes, & de faire des emprunts conſiderables ; cependant le debiteur ayant de la peine à ſe deſſaiſir de ſes terres,

& le creancier mesme trouvant de l'incommodité à les faire valoir, on cessa d'engager les biens par une tradition actuelle, & l'on se contenta de les hypothéquer, à condition qu'au defaut du payement le debiteur seroit tenu d'en ceder la possession au creancier.

Dans ces commencemens la stipulation d'Hypotheque n'avoit son effet que sur les biens que l'on possedoit lors de la stipulation, & non sur ceux que l'on acqueroit dans la suite; depuis il fut encore permis d'obliger les biens à venir : *Conventio hac*, dit Monsieur Cujas sur la Loy, *Et si nondum* ℓ. *& quod dicit ff. de pign. quotidie solet inseri contractibus ut specialiter rebus hypotheca nomine datis, catera etiam bona debitoris obligantur qua nunc habet, quaque postea acquisierit.*

Au commencement l'hypotheque n'avoit lieu que sur les biens presens.

En France les rentes constituées à prix d'argent ayant esté approuvées & trouvées fort commodes, le creancier se contentant d'une simple hypotheque, & l'opinion des Docteurs Canonistes qui soûtenoient que les rentes ne pouvoient estre valablement constituées par celuy qui ne possedoit aucuns immeubles, n'ayant point esté suivie, il a fallu pareillement chercher les moyens d'assurer le payement des rentes; mais il n'a pas esté possible jusqu'à present d'éviter tous les inconveniens qui naissent de cette maniere de contracter.

Les Tableaux & les Signes que les Grecs affichoient sur les heritages qui leur étoient hypothequez, avertissoient suffisamment un chacun de l'état des affaires de celuy avec lequel on vouloit contracter, de sorte que l'on ne pouvoit se tromper que volontairement, parce que l'on pouvoit s'informer de la valeur des heritages que l'on hypothequoit, & de la quantité des debtes pour lesquelles on avoit mis ces affiches publiques, & les debiteurs souffroient avec moins de peine que leurs dettes fussent renduës si publiques & si notoires, dautant que leurs obligations n'étoient pas perpetuelles, elles étoient exigibles toutesfois & quantes qu'il plaisoit au creancier, & par ce moyen ces affiches n'étoient pas de longue durée; Mais suivant nos usages le capital des rentes constituées à prix d'argent étant perpetuellement aliené, & ayant une continuité successive, il seroit mal aisé de pratiquer cette invention des Grecs : car ces marques publiques deviendroient perpetuelles, ou au moins

Des marques & affiches des Grecs.

elles subsisteroient long-temps, les debiteurs ne pouvant être forcez de racheter, ou souvent n'étant pas en état de le faire: d'ailleurs si toutes les dettes & les affaires des particuliers devenoient si publiques, non seulement ceux qui auroient emprunté de l'argent perdroient bien-tôt leur credit mais aussi les creanciers qui desirent quelquefois de cacher leur fortune & leurs facultez, seroient contraints de les faire sçavoir à tout le monde, sur tout ces gens que le monopole ou le hazard éleve tout d'un coup ne voudroient pas faire cet éclat. En effet, ces sortes de gens firent tous leurs efforts pour faire révoquer l'Edit des Notifications, c'est pourquoy la pratique des Grecs seroit aujourd'huy desagreable mesme à beaucoup de creanciers.

Des Brandons mis sur les biens saisis en Justice.

Quelques anciennes Coûtumes de France font mention de certains *Brandons*, c'est à dire de marques publiques que l'on mettoit sur les heritages des debiteurs, mais cela ne se pratiquoit que pour ceux qui étoient saisis en la main de Justice, comme on l'observe encore aujourd'huy en plusieurs lieux, où l'on applique des Panonçeaux avec les Armes du Roy; ce qui ne s'est jamais fait pour les Hypotheques conventionnelles, ny parmi nous ny parmi les Romains, & lorsque les creanciers voulurent faire cette injure à leurs redevables, il leur fut expressément défendu par les Empereurs, *C. ut nemini liceat sine judicis autoritate signa rebus imponere.*

Plusieurs Coûtumes de France, & particulierement celle de Picardie, n'ont pas entierement suivi l'ancienne Jurisprudence Romaine, suivant laquelle l'on ne pouvoit acquerir un droit réel sans une tradition actuelle; mais ils ont introduit une tradition feinte qui opere le mesme effet. En quelques Coûtumes il faut que les contrats soient réalizez par nantissement pour le fait de la constitution d'hypotheque, la Coûtume de Peronne, Mondidier, Roye le dispose expressément, art. 259. & par l'art. 263. *hypotheque a lieu seulement du jour du nantissement.*

D'autres desirent un ensaisinement ou infeodation, en vertu dequoy les creanciers des rentes ensaisinées ou infeodées sont preferez à ceux qui ne sont creanciers que des rentes constituées non ensaisinées ni infeodées, encor qu'elles soient de dette subsequente, Senlis, art. 275. Mais il y a cette difference entre le nantissement, & l'ensaisinement ou l'infeodation, que

dans les Coûtumes qui desirent le nantissement il n'y a nulle Hypotheque sans nantissement, de sorte que les creanciers qui ne se sont point faits nantir, ne peuvent point faire assigner en déclaration d'hypotheque les tiers détenteurs qui ont acquis les heritages des debiteurs, quoy que le titre de la dette soit anterieur à l'alienation de l'heritage; & dans les Coûtumes où il suffit de l'ensaisinement, si le debiteur aliene un heritage aprés avoir passé un contrat de rente, l'acquereur peut être assigné en déclaration d'hypotheque, quoy que le contrat ne soit pas ensaisiné; ainsi ce premier effet de l'hypotheque qui consiste en l'affectation & à faire qu'un heritage une fois hypothequé ne puisse passer entre les mains de qui que ce soit sans la charge de l'hypotheque, n'est point empêché par le defaut de l'ensaisinement: Mais le deuxiéme effet de l'hypotheque qui regarde l'ordre, & qui fait que regulierement celuy qui a une fois une hypotheque sur les biens de son debiteur ne puisse être preferé par qui que ce soit qui vienne à contracter postérieurement à luy avec le debiteur, est empêché par le defaut d'ensaisinement, Ricard sur l'art. 275. de la Coûtume de Senlis.

Coûtume de Senlis à l'égard de l'Hypotheque.

La forme du nantissement & de l'ensaisinement n'étant connuë que dans quelques Coûtumes, le Roy Henry III. crût qu'il étoit utile d'établir un Droit pareil dans toute la France, & il ordonna par un Edit de 1581. *Que tous Contrats fussent contrôlez & enregistrez, autrement que l'on n'acquerroit point de droit de proprieté ny d'hypotheque sur les heritages*; & quoy que cet Edit eût esté revoqué en 1588. cependant par une autre Declaration de 1606. le Contrôle fut reçû en Normandie.

Contrôle reçû en Normandie 1606.

Les Appropriances introduites par la Coûtume de Bretagne, en vertu desquelles celuy qui acquiert un heritage de celuy qui en étoit saisi, s'approprie aprés un certain temps par bannies & proclamations sans pouvoir être inquieté par les creanciers anterieurs, sont veritablement favorables & avantageuses à ceux qui achetent d'un homme oberé, parce que leurs acquisitions sont purgées de toutes hypotheques, mais on n'est pas assuré que celuy avec lequel on contracte n'ait point déja engagé & hypothequé son bien à d'autres creanciers qui peuvent troubler un acquereur avant qu'il soit aproprié.

Maître Charles Loiseau, du Deguerp. l.3.c.1.n.17. s'est trompé

lors qu'il a crû que la lecture des Contrats en Normandie produisoit le mesme effet que les apropriances en Bretagne, car la lecture des Contrats ne sert que pour exclure les lignagers du retrait aprés l'an & jour, & n'opere rien pour l'hypothéque.

Lecture du Contrat en Normandie aprés l'an & jour exclud les lignagers.

En l'année 1673. le Roi fit publier une Declaration pareille à celle de Henry III. pour établir de nouvelles sûretez dans les Hypotheques, & pour empêcher que les biens d'un debiteur solvable ne fussent consumez en frais de Justice, l'on rendoit toutes les Hypotheques publiques, & l'on pretendoit perfectionner par une disposition universelle ce que quelques Coûtumes avoient essayé de faire par la voye des saisines & des nantissemens. Pour cet effet le Roi établissoit des Greffes d'enregistrement, dans lesquels ceux qui auroient des hypotheques pourroient former & faire enregistrer leurs oppositions, & en ce faisant être preferez à ceux qui auroient négligé de le faire ; mais cet Edit étoit si bursal, & d'ailleurs si inutile en Normandie où le Contrôle est établi, & si difficile à executer, qu'il n'a point eu d'effet, ayant été revoqué peu de temps aprés sa publication.

L'Edit du Contrôle est peu utile.

Voila presque tous les moyens dont on s'est servi jusqu'à present pour conserver la bonne foi dans la societé, & pour empêcher la ruïne des particuliers, en contractant avec des personnes insolvables : l'experience neanmoins n'a que trop apris que ces remedes ne sont pas suffisans. Il est vray que les affiches & les brandons des Grecs & la tradition actuelle de l'heritage hypothequé parmi les Romains pouvoient empêcher les surprises, un debiteur ne pouvant cacher le mauvais état de sa fortune lors qu'il paroissoit si publiquement, & l'on ne pouvoit pas s'assurer sur un bien dont le debiteur n'étoit pas en possession. Pour le nantissement, outre qu'il n'est pas si public, l'on peut l'ignorer, l'on ne se donne pas toûjours la peine d'aller foüiller dans les Greffes, lorsque l'on voit celuy avec lequel on contracte en pleine joüissance de son bien. Pour nos Contrôles, ils donnent peu d'éclaircissement & de seureté, par cette raison que les Contrats pouvant être contrôlez ou aux lieux où ils ont été passez, ou au lieu de la situation des biens, on ne peut pas découvrir tous les Contrats qu'une personne peut avoir faits en des lieux inconnus, & puisque les Contrats passez devant Notaires suffisent pour donner hypotheque, le Contrôle est fort peu

utile,

utile : Auſſi l'a-t'on toûjours conſideré comme un Edit burſal, & la ſeule utilité que l'on en tire ne conſiſte qu'à découvrir quelquesfois une fauſſeté, ou pour empêcher qu'elle ne ſe commette ſi aiſément.

Je n'entreprendray pas d'inventer de nouvelles ſûretez, puiſque dans tous les Siécles tant de perſonnes ſi éclairées n'y ont pû réüſſir parfaitement. Il n'y a pas auſſi d'aparence pour arréter le cours de ce mal, de vouloir empêcher ou diminuer cette multitude inconcevable de rentes conſtituées à prix d'argent, en renouvellant l'ancienne Juriſprudence qui ne permettoit de les créer qu'en les aſſignant ſur quelque heritage, vû que l'uſage en eſt ſi commode, & que l'on pourroit difficilement s'en paſſer.

Cependant comme la tromperie procede toûjours de la part des debiteurs, qui nonobſtant la connoiſſance qu'ils ont de leur inſolvabilité ne laiſſent pas d'emprunter & d'hypothequer leurs biens tant que le credit ne leur manque point, & qu'ils peuvent cacher leur neceſſité, il me ſemble qu'il ſeroit à propos de pratiquer ce qui étoit autrefois obſervé parmi les Romains.

Suivant nos régles un debiteur n'eſt point eſtimé ſtellionataire, s'il n'a déclaré fauſſement que ſes biens n'étoient point obligez à d'autres. Par le Droit Romain le ſtellionat eſt commis lorſque le debiteur contracte une ſeconde hypotheque en celant la premiere, *Qui res ſuas jam obligaverint & alii ſecundo obligant creditori ut effugiant periculum ſtellionatûs, ſcilicet quod ſolent pati qui ſæpius eaſdem res obligant, prædicare ſolent alii nulli rem obligatam eſſe quàm fortè Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res ſit obligata.* En contractant de cette maniere l'on ne pouvoit être trompé, le creantier même n'avoit pas beſoin d'exiger cette déclaration de ſon debiteur, il étoit luy-même tenu de la faire, autrement il étoit puni comme un ſtellionataire, & lors celuy qui bailloit de l'argent étant pleinement informé de la fortune de ſon obligé, il pouvoit ſçavoir ſi ce qui reſtoit de bien, aprés les dettes anciennes acquittées, étoit ſuffiſant pour aſſurer la ſienne. Du Stellionat.

Cette invention que l'on pratiquoit pour empêcher la multiplication des hypotheques ne fut pas gardée ſeulement dans l'ancienne Rome, on en continua l'uſage dans l'Empire d'O-

rient, comme on l'apprend de l'Eclogue des Basiliques : Mais dautant que ce remede eust été trop foible si la contravention n'eust été punie que legerement, la peine que les Romains imposerent fut tres-severe, comme on l'apprend de la *l. 4. c. de crimine stell. & enim hujusmodi fraudes ad extraordinariam criminis executionem spectare, ac stellionatûs commissum esse vindicandum sæpius rescriptum est.* Celuy qui avoit commis cette faute ne la pouvoit réparer, ny s'exempter de la peine, qu'en restituant au creancier qu'il avoit surpris les deniers qu'il avoit reçûs de luy : C'est le conseil que l'Empereur Alexandre Severe donne à un stellionataire, en la *l. 1. c. de crim. stell. Improbum quidem & criminosum fateri easdem res pluribus pignorasse, dissimulando in posteriore obligatione, quod eadem alii pignori tenerentur; verùm securitati tuæ consules, si oblato omnibus debito criminis instituendi curam peremeris.*

Si l'on en usoit en France de cette maniere, le desordre ne seroit pas si grand : Mais quand l'on ne reputeroit pas stellionataire celuy qui n'auroit point découvert ses dettes à son creancier, quoy qu'il ne l'eût pas interpellé de les declarer ; neanmoins si lorsque le creancier a eu cette precaution d'exiger cette declaration de celuy avec qui il contracte, que ses biens ne sont affectez ni hypothequez à aucune autre dette, & que le contraire paroît par aprés, l'on ne se contentoit pas de condamner & par corps le trompeur à rendre l'argent, mais que l'on y ajoûtast quelque peine ignominieuse, l'on contracteroit sans doute avec beaucoup plus de sûreté ; Car quoy qu'il se trouvast encor des gens assez desesperez pour ne redouter pas la peine du stellionat, il y en auroit beaucoup plus qui seroient retenus par la crainte de l'infamie ; Cela n'assureroit pas seulement le commerce public, l'on éviteroit encore par ce moyen la multitude des Decrets : car il seroit plus aisé de s'accommoder avec un debiteur lorsque ses dettes n'excederoient point la valeur de son bien.





CHAPITRE II.

Division Sommaire des Matieres contenuës en ce Traité.

POur l'éclairciſſement de cette matiere hypothecaire, il eſt à propos de la diviſer en ſix parties principales.

Dans la premiere, l'on expliquera ce que c'eſt qu'*Hypotheque*, quelles perſonnes peuvent hypothequer leurs biens, & quelles choſes peuvent être hypothequées.

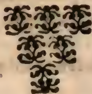
Dans la 2. l'on traitera de la conſtitution des hypotheques, & de ſes differentes eſpeces.

Dans la 3. l'on parlera de la forme des Contrats à l'effet d'acquerir hypotheque.

Dans la 4. de l'ordre & de la preference entre les creanciers.

Dans la 5. comment le creancier peut ſe faire payer par la vente des biens qui luy ſont hypothequez.

Et enfin l'on remarquera comment l'hypotheque ceſſe, & comment le debiteur peut acquerir ſa liberation.



CHAPITRE III.

I. Définition de l'Hypotheque.
II. Comment ces termes de gage & d'hypotheque se prennent dans le Droit Romain & François.
III. Quelles personnes peuvent hypothequer leurs biens.
IV. Ceux qui ont la disposition de leurs biens peuvent les engager.

Définition de l'hypotheque.

L'On apelle *Hypotheque* une obligation que celuy qui baille de l'argent acquiert sur les biens de celuy qui l'emprunte, & qui le reçoit, *res omnis pro debito obligata, & hypotheca nihil aliud est quàm obligatio bonorum.*

Comment ces termes de gage & d'hypotheque se prennent dans le Droit Romain & dans le Droit François.

Ces termes de gage & d'hypotheque se prennent en trois manieres dans le Droit Romain & dans le droit François: Dans le Droit Romain *pro re obligata, pro jure quod in ea creditor habet, & pro ipso contractu, & pignoris conventione*: Dans le Droit François pour la chose hypothequée, pour la convention, & pour le Droit que le creancier a sur la chose; *& quia constituitur super rebus, ideo dicitur jus in re sive jus reale, quia per illam non obligatur persona debitoris, se res.*

La difference la plus considerable entre le gage & l'hypotéque *inter pignus & hypothecam* est que *pignus propriè dicitur quando res obligata traditur ipsi creditori, & quando res non traditur dicitur hypotheca.* Cette difference est plus dans le nom que dans l'effet.

Le gage & l'hypotheque déferent encore en ce point, que les choses incorporelles & les futures ne peuvent étre baillées en

gage, quoy qu'elles puissent être hypothequées, *l. & quæ nondum 15. D. de pign.*

Tous ceux qui ont la disposition de leurs biens peuvent les engager, & hypotéquer valablement. Il y a même des personnes qui peuvent engager ceux d'autrui. L'Administrateur des affaires d'une Communauté peut les hypothequer pour les affaires de la Communauté, *l. 51. is qui bona. 11. D. de pign.* les Tuteurs, & les Administrateurs ont le même pouvoir pour leurs Pupilles, quand il s'agit de leurs interests. *l. tutor. in princip. 16. D. de pignerat. act. l. autor. 3. c. si alien. res pign. data sit.* Les Procureurs ont aussi le même droit lors qu'il leur a été donné par leurs Commettans, *l. si tutor. 21. D. de pign.* mais tous ces engagemens sont nuls, s'ils ont été faits par toutes ces personnes, pour leurs propres affaires, & pour leurs utilitez particulieres, *l. penult. C. si alien. res pign. data sit.* Quelles personnes peuvẽt hypothequer leurs biens.

Puis qu'il n'y a que ceux qui peuvent disposer librement de leurs biens qui les puissent hypothequer, il s'ensuit que les hypotheques constituées par les personnes qui n'ont pas ce pouvoir sont de nul effet. Ceux qui peuvent disposer de leurs biens peuvent les hypothequer.

En Normandie, la femme ne peut hypothequer ses immeubles tandis qu'elle est sous la puissance de son mary : Et si la femme lors qu'elle est de condition libre, engage son bien pour un autre, cet engagement ne peut valoir, parce qu'elle peut se servir du Velleian, *l. quamvis. D. ad Senat. Consult. Velleianum*, & par la disposition de la Loy derniere, §. *si mulier* au même titre, non seulement elle peut retirer son gage, mais elle peut aussi demander la restitution des fruits, & si le creancier a aliené le gage, la vente est nulle, *l. mulier, C. de distra. pign.* suivant cette même Jurisprudence la caution de la femme joüit du même avantage, *l. si alius. D. quæ res pign. vel hypoth.* La femme mariée ne peut hypothequer ses biens.

Le Furieux s'il n'a de bons intervalles ne peut disposer de son bien, ni par vente, ni par engagement, *l. furiosi 40. de regul. jur. l. emptionem, C. de rescindi vendit.* Le Furieux ne le peut aussi.

Le Mineur hypothequeroit inutilement ses immeubles, & il ne le pourroit pas même par le consentement & par l'autorité de son Tuteur, sans le decret du Juge & l'avis de ses parens. Ni le Mineur.

C'est une question fort problématique, si le contrat fait par un Mineur, & qu'il a ratifié aprés sa majorité, a hypotheque du De quel temps un contrat fait

en minorité, mais ratifié en majorité, a hypotheque.

jour qu'il a été passé, ou seulement du jour qu'il a été ratifié? Pour prouver que nonobstant la minorité l'hypotheque est acquise du jour du contrat lorsque le Mineur l'a ratifié ou qu'il ne s'est point pourvû dans les dix ans de sa majorité, l'on dit que le contrat fait par un Mineur n'est pas nul, il peut seulement être annullé, s'il y a lieu à la restitution; Il n'y a donc que la lezion qui donne ouverture à la cassation d'un contrat fait par un Mineur : de sorte que quand il ne s'en plaint point, & qu'au contraire il le ratifie, puisque le benefice de restitution est accordé à sa personne, & qu'il ne peut être forcé de s'en servir contre son gré, le contrat doit obtenir son effet du jour qu'il a été passé, & non du jour de la ratification, parce qu'il ne tire pas sa force & son estre de la ratification, mais qu'il subsiste de par soy-mesme; le Mineur ayant été capable de contracter & de s'obliger; cela est si veritable, que si le Mineur neglige de se pourvoir dans le temps qui luy est ordonné par la Loy, le temps seul rend le contrat valable, en sorte que le Mineur mesme seroit exclus du benefice de restitution, & ses creanciers ne seroient pas recevables à combattre le contrat sur ce pretexte qu'il auroit été fait en minorité : or l'on ne peut donner moins de force à une approbation qu'à un simple silence, qui tout au plus ne fait présumer qu'une approbation tacite. Au contraire l'on disoit que cessant la ratification le contrat ne pourroit subsister; car quand le Mineur n'auroit pas voulu se faire restituer, ses creanciers auroient pû exercer ses actions & demander de leur chef la récision du contrat. Cette raison neanmoins seroit peu considerable si le temps accordé pour obtenir le benefice de restitution étoit expiré.

Arrest qui décide que l'hypotheque n'a lieu que du jour de la ratification.

Cette question s'offrit en l'Audience de la grande Chambre au mois de Juillet 1666. un Mineur ayant constitué sur luy une rente, il se pourvût aprés sa minorité contre le contrat, & par Sentence il fut déclaré nul; mais long temps aprés il ratifia ce mesme contrat; & sur la question qui fut formée si ce contrat auroit hypotheque du jour qu'il avoit été passé, & si la ratification n'avoit pas un effet retroactif, il fut jugé que l'hypotheque ne commenceroit que du jour de la ratification.

Basnage sur l'art. 223 de la [illegible] coutume

Raisons particulieres de cet Arrest.

Il y avoit moins de difficulté dans cette espece, parce que le contrat ayant été déclaré nul en consequence des lettres de ré-

cision obtenuës par le Mineur, ce n'étoit pas à proprement parler une ratification, puisque le contrat ne subsistoit plus, mais plûtost un nouveau contrat dont l'hypotheque ne pouvoit commencer que de ce jour-là. Les parties étoient Frebour & le Valois, plaidans Aubout & Cabeüil.

Mais la question generale fut decidée en la Grand' Chambre au raport de Monsieur des Hommets, le 6 de Février 1668. entre Demoiselle Marie Alexandre, femme du sieur Porquet, & le sieur de Roncherolles, acquereur des biens dudit Porquet. Ledit Porquet n'étant âgé que de 19 ans s'étoit constitué en deux parties de rente, & depuis son mariage & sa majorité il ratifia les contrats. La question du procez étoit de sçavoir, si l'hypotheque desdites rentes commençoit du jour des contrats, ou de la ratification, il fut jugé par l'Arrest que le creancier n'auroit hypotheque que du jour de la ratification.

Autre Arrest sur la question generale.

Dans la 4. partie du Journal du Palais, & dans le Journal des Audiences tom. 1. l. 1. ch. 36. il y a un Arrest du Parlement de Paris du 23 de Juillet 1667. qui juge formellement le contraire. Entre les raisons qui servirent de fondement à l'Arrest, l'on disoit que si l'hypotheque étoit déniée du jour de l'obligation, il s'en ensuivroit une absurdité tres-grande, car il arriveroit que le Mineur ne s'étant point pourvû dans les dix ans de sa majorité, & ne le pouvant plus faire aprés ce temps-là à cause de la fin de non recevoir portée par l'Ordonnance, le creancier auroit en ce cas une obligation valable sans hypotheque, ce qui seroit sans aucune raison ; on adjoûtoit qu'il n'y avoit qu'un seul cas auquel l'hypotheque ne se donne que du jour de la ratification, & non de l'obligation, à sçavoir lorsque la ratification est faite par une personne qui n'a point parlé au contrat ni donné pouvoir exprés d'y parler pour elle, comme lors qu'une femme ratifie un acte dans lequel son mari s'est fait fort pour elle, sans être fondé de procuration ; en ce cas il est vray de dire que l'obligation n'est renduë valable & ne commence d'avoir son effet que du temps de la ratification, qu'ainsi l'hypotheque n'en peut être pretenduë que du jour qu'elle a ratifié; mais lors que la ratification est faite par la même personne qui a passé l'acte qui est ratifié, cet acte étant bon & valable de soy a

Arrest du Parlement de Paris contraire, & les raisons de l'Arrest.

ſon effet tout entier du jour qu'il a été paſſé, cē quē l'on cōn-firmoit par pluſieurs Arreſts.

Cependant dans la 6. partie du Journal du Palais, p. 258. & 268. l'on cite un Arreſt du Parlement de Bretagne du 15 d'Octobre 1652. conforme à celuy rendu en ce Parlement, par lequel un creancier par obligation paſſée à ſon profit en majorité par ſon debiteur fut colloqué avant un autre creancier de ce même debiteur, quoy qu'il euſt une obligation anterieure, mais qui avoit été paſſée en minorité, & ratifiée ſeulement aprés la deuxiéme obligation.

Il paroîtroit raiſonnable de faire quelque réflexion ſur la qualité des contrats ; car ſi le mineur avoit utilement employé les deniers qu'il avoit empruntez, en ce cas comme il ne pourroit demander le Benefice de reſtitution, & que par conſequent la ratification ne ſeroit point neceſſaire pour faire ſubſiſter le contrat, ſes biens ſeroient valablement hypothequez de ce jour là. Mais ſi le mineur euſt eſté reſtituable pour lezion ou pour dol, en ce cas la ratification d'un tel contrat ne pourroit avoir un effet retroactif, parce que le contrat n'étant pas valable à cauſe de la lezion ou du dol, & ne ſubſiſtant qu'en vertu de la ratification faite dans les dix années, pendant leſquelles la reſciſion en pouvoit être demandée, & ayant pû être annullé ceſſant la ratification, l'on ne doit pas en faire remonter l'hypotheque au jour du contrat ; & ſuivant cette diſtinction, il a été donné Arreſt ſur ce fait en 1662. la nommée le Febvre vendit au Sieur de Chavanes une terre ſituée ſous la Coûtume de Paris : & dautant que le Sieur de Chavanes étoit mineur, il promit de ratifier le contrat auſſi-tôt qu'il ſeroit majeur, ce qu'il executa en l'année 1664. mais avant cette ratification, & neanmoins aprés ſa majorité, il conſtitua ſur ſes biens pluſieurs rentes au profit du Sieur de Piezieres.

Quand l'hypotheque ne peut remonter au jour du contrat.

Les immeubles du Sieur de Chavanes ſituez en Normandie ayant été ſaiſis réellement, il ſe mût procez pour la preference entre le Sieur de Piezieres, dont les contrats portoient datte de l'année 1663. & le Sieur Chalieu Avocat au Parlement de Paris, repreſentant le droit de ladite le Févre, dont le contrat n'avoit été ratifié qu'en l'année 1664. le Sieur Chalieu avoit

obtenu

obtenu la preference par une Sentence qui faisoit subsister son hypotheque dés l'année 1662. dont le Sieur de Mezieres ayant appellé Froland son Avocat, soûtenoit que le contrat fait par un Mineur étant nul, il ne pouvoit produire aucune hypotheque : il étoit même de l'interest public de n'aprouver pas les contrats de cette qualité, sous pretexte d'une ratification mandiée depuis la majorité du Mineur, ceux qui étoient bien informez de son âge s'assurant qu'il ne pouvoit valablement contracter, seroient déçus facilement si l'on donnoit un effet retroactif aux contrats qu'il auroit passez en sa minorité en consequence de la ratification qu'il en auroit faite aprés sa majorité. Le Barbier Avocat répondoit pour le Sieur Chaline, que le Mineur avoit contracté fort utilement ayant acquis à fort bon marché un heritage qui étoit à sa bien-seance, & étant permis au Mineur de contracter pourvû que ce soit à son avantage ; & que sa condition en devienne meilleure, il n'auroit pas été restituable, quand même aprés sa majorité il auroit fait refus de ratifier le contrat ; de sorte que sa ratification étoit en quelque sorte superfluë. Par Arrest en la Grand' Chambre du quatriéme Février 1683. la Sentence fut confirmée.

L'on ne doit pas dire la même chose à l'égard des contrats passez par le Mineur, contre lesquels il ne s'est point fait restituer dans le temps fatal ; en ce cas le defaut qui procedoit de la minorité ayant été purifié par le temps, & la Loy confirmant les contrats contre lesquels il n'a point reclamé dans le temps qu'elle luy permettoit de le faire, puis qu'aprés cela il ne reste aucune action au Mineur, ses creanciers n'en peuvent exercer aucune à son droit, ni alleguer qu'il a laissé écouler le temps fatal pour leur faire préjudice, de sorte que l'hypotheque subsiste & demeure du jour du contrat.

Temps fatal pour la restitution des contrats.

Si quelqu'un avoit contracté pour un absent, à charge de le faire ratifier, & que dans l'intervalle du contrat & de la ratification, l'absent se fût obligé à plusieurs dettes, les creanciers immediats seroient-ils preferables ? On leur opposeroit que *ratihabitio retrotrahitur ac mandato comparatur*, & suivant le raisonnement du Jurisconsulte, en la L. *si fundus*. §. *1. ff. de Pign. hoc ipso quod Dominus ratum habuit, voluisse eum retrocurrere ad tempus quo convenit.* Mais on répond que la ratification ne peut avoir un

effet retroactif au préjudice de ceux qui ont contracté dans cet intervalle. Car celuy qui a contracté pour l'absent n'ayant point de Procuration, l'absent ne commence d'être engagé que du jour de sa ratification, qui ne peut avoir un effet retroactif, *quia actus medius interveniens impedit ratihabitionem trahi retro in præjudicium tertii, cui jus intermedio tempore quæsitum fuit. Barthol. in l. Si indebitum. §. si procurator. D. rem ratam haberi.*

Quant aux choses qui peuvent être engagées, l'on peut dire que régulierement tout ce qui peut être vendu & alienć, peut être hypothequé, *l. 9. D. de pign.* D'où il s'ensuit que tout ce qui ne peut être alienć n'est point susceptible d'hypotheque. *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* L'on peut conclure *à contrario* que *eamrem quam quis emere non potest, nec illam pignori accipere, l. 1. D. quæ res pig. obl. non pos.*

Comme l'on ne peut transferer à un autre plus de droit que l'on en a soy-même, l'on ne peut aussi hypothequer utilement & avec effet, que les choses dont on a l'entiere disposition & dont on est capable de traiter. *l. qui prædium, C. si res alien. pign. dat.*

Il y a plusieurs choses selon la disposition du Droit Romain, dont l'engagement n'est point presumé, s'il n'est expressément convenu, & il y en a d'autres qui ne peuvent être engagées ny hypothequées, même par convention expresse, encore qu'elles puissent être alienées & venduës.

Nous en trouvons des exemples en la l. *obligationes*, & dans les suivantes, *D. de pign. & hyp.* où le Jurisconsulte résout que dans l'obligation generale de tous biens presens & à venir, l'on ne doit point comprendre tout ce que vray-semblablement le debiteur n'a point eu d'intention d'engager ny d'hypothequer, comme les personnes qui luy sont cheres *quæ ad affectionem ejus pertinent* ses concubines & ses enfans naturels, ou bien les autres choses absolument necessaires pour son usage ordinaire, comme à un homme de guerre ses armes & chevaux, à un Ecolier ses Livres, à un Artisan les outils servans à son métier, & sur tout à un Laboureur ses chevaux, ses bœufs, ses charuës & les autres choses necessaires pour son ménage, & pour son labeur, suivant la constitution de Constantin en la *l. executores*

c. quæ res pign. obl. pos. & les autres Loix raportées dans ce titre.

Mornac sur la *l. obligationes* & les suivantes, a remarqué qu'elles sont hors d'usage, & en effet elles ne se gardoient pas lors qu'il écrivoit; mais l'Ordonnance de 1667. tit. des Saisies & Execut. art. 14. 15. & 16. les a renouvellées en quelque sorte: & par plusieurs Declarations & Arrests du Conseil d'Etat, il est défendu expressément de prendre par execution non seulement les bestiaux servant au labourage, mais même les autres bestiaux qui servent pour faire valoir les heritages; car pour les bestiaux que l'on fait grasser pour les vendre, il a esté jugé qu'ils peuvent être saisis & vendus pour les dettes des Marchands ausquels ils apartiennent.

Pour l'obligation par corps, bien loin qu'elle puisse être tacitement étenduë, que plusieurs ont estimé qu'elle étoit défenduë par la *l. ob æs alienum c. de oblig. & act.* par la Loy des Egyptiens, il n'étoit pas permis à une personne de condition libre d'obliger son corps; ce qui fut aussi défendu par Diocletien en la *l. 66. æs alienum*, & par Justinien, & par l'Ordonnance de 1667. tit. de la décharge des conventions & par corps art. 6. il est défendu de passer aucune obligation par corps.

Il y a encor d'autres choses dans le Droit Romain qui ne peuvent être engagées, comme les choses sacrées & publiques, les sepulchres de la famille, les prix & les dons publics que l'on a reçûs pour recompense de quelque service rendu au public, ou pour quelque belle action, *spem eorum præmiorum quæ pro coronis athletis præstanda sunt privata pactione pignorari admittendum non est, l. spem c. quæ res pig. obl. pos. vel non*: l'on pouvoit neanmoins les saisir *ex causa judicati*.

En France, les gages des Officiers de la Maison du Roy ne peuvent être hypothequez ni saisis.

Mais si le debiteur acquiert la proprieté de la chose qu'il avoit hypothequée lors qu'elle ne luy appartenoit pas encore, bien que dans la rigueur cet engagement soit nul, neanmoins il ne peut objecter cette nullité à son creancier, parce que non seulement cette exception seroit pleine de dol, mais même l'on presumeroit favorablement que les contractans seroient convenus tacitement que l'engagement subsisteroit, en cas que

celuy qui l'auroit fait devint proprietaire de la chose engagée; *L. rem alienam 41. D. de Pigner. act.* Et par la même raison l'hypotheque generale des biens que l'on possede & que l'on pourra acquerir est valable, *Quasi insit conditio si mea fient.* Et Balde dit, que quand le debiteur devient proprietaire de la chose qu'il avoit engagée & qui ne luy appartenoit pas, *tunc fit reconciliatio Pignoris.*

Il faut neanmoins suivant la *l. si pignus 9. D. qui pot. in pig.* que la chose se trouve encore en la possession du debiteur; car quoy qu'il l'eût acquise, si depuis il en a disposé *nec res in bonis ejus inveniatur*, celuy qui l'a acquise ne peut être dépossedé pour la dette contractée auparavant que le debiteur en fut proprietaire. Mais je ne croy pas que l'on suivit la décision de cette Loy, car ayant une fois fait partie des biens du debiteur elle est devenuë maculée & affectée à toutes ses dettes precedentes, & par consequent elle a suite par hypotheque.

L'on peut hypothequer le bien d'autruy du consentement du proprietaire, *Nihil enim interest an dominus ipse fecerit, an alius ejus voluntate. l. solutum. §. solutum D. de pigner. act.*

L'engagement du bien d'autruy se fait sous cette condition tacite, en cas que le debiteur demeure quelque jour le maître & le proprietaire de la chose engagée, *l. si fundus. §. aliena D. de pign. & hyp.*

Cependant la chose que le creancier a receuë en gage peut être valablement hypothequée par luy à son creancier. *l. grege. §. pignori D. de pig. & hyp.* ce qui n'est point contraire à ce que l'on vient d'établir, que l'on ne peut hypothequer le bien d'autruy: Car en ce dernier cas le creancier a quelque droit sur le gage tant qu'il n'est point remboursé de sa dette; & quand il est payé, l'engagement finit & ne subsiste plus: *cum pignori rem obligatam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur.*

Hors ces cas, l'on ne peut affecter à ses dettes le bien sur lequel on n'a aucun droit ni pretention; car quoy que l'on puisse vendre le bien d'autruy, on ne peut neanmoins l'engager ni l'hypothequer: la Glose sur la *l. rem alienam*, rend la raison de cette difference, à sçavoir que *in pignore oportet ut jus con-*

ſtituatur in re. Il faut qu'il ſe contracte & qu'il s'imprime quelque droit réel, & quelque obligation réelle ſur la choſe; mais en la vente l'on n'eſt tenu qu'à l'une ou à l'autre de ces conditions, ou de faire joüir l'acquereur & le maintenir en la proprieté de la choſe venduë, ou de luy payer ſes dommages & intereſts: C'eſt pourquoy Balde ſur la *l. ſi ſine C. ad S. C. Vell.* dit que *jus reale non poteſt conſtitui in re aliena, ſed tantum jus perſonale; quia res aliena non obligatur, ſed tantum perſona.*

Il eſt vray que par la *l. 9. D. de pig. nec quod emptionem venditionemque recipit, pignorationem etiam recipere poteſt:* Mais la Gloſe explique cela, *de re propria non de aliena quæ quidem poteſt vendi non pignorari.* Ce que Sichardus ſur le tit. du *C. de pignorat.* apuye par cette raiſon, que *ut teneat venditio ſatis eſt ut tibi poſſeſſionem qualemcumque dem, & ſatis pœna luo vendendo rem alienam, ſi de venditione teneor: ſed in pignore non ſufficit dare qualemcumque poſſeſſionem, ſed debeo conſtituere ei quoddam jus in re pignorata quod nemo poteſt niſi ſit rei dominus.*

Toutes ſortes de biens peuvent être hypothequez, meubles & immeubles, veritables, ou fictifs, les noms, raiſons, & actions, les droits corporels, & incorporels; en un mot toutes les pretentions & intereſts que nous pouvons avoir ſur quelque choſe, ſoit que nous la poſſedions actuellement, ou que nous ayons ſeulement quelque action pour la demander: car nous pouvons avoir des biens de trois qualitez differentes, les uns dont la pleine proprieté nous appartient, *Quæ verè dominii noſtri ſunt*; les autres ſur leſquels nous n'avons qu'un droit, *Et quorum quaſi domini ſumus*; Et enfin il y a une troiſiéme eſpece de biens, *Quorum nec domini ſumus, nec quaſi domini*, comme ceux qui nous ſont ſimplement engagez & hypothequez, & que nous ſommes tenus de rendre toutesfois & quantes: Nous pouvons cependant hypothequer les biens dont nous ne joüiſſons que de cette maniere.

Une doüairiere ou un uſufruitier peut engager les biens ſujets à ſon uſufruit; *Nam cum emptionem uſusfructus tueatur prætor, cur non & creditorem tuebitur, l. ſi is, §. uſusfructus. D. de pig. & hyp.*

Ce que je viens de dire que les droits incorporels peuvent être hypothequez, ſuivant la *l. 13. §. cum pignori, D. de pign. &*

hyp. reçoit de la distinction pour les servitudes : les servitudes rustiques peuvent être hypothequées, *L. 12. eod.* mais cela ne se peut pour les servitudes urbaines : Les Interpretes du Droit ont de la peine à trouver la raison de cette difference : Accurse dit que les servitudes urbaines ne peuvent être engagées, parce qu'elles ne peuvent être alienées; *Nam neque in bonis, neque extra bona computantur*, & quoy que cette raison puisse servir pour les servitudes rustiques, comme pour les urbaines, le Jurisconsulte en la *L. sed an via. D. de Pign.* répond que pour l'utilité & la facilité du commerce, l'on a permis d'engager les servitudes rustiques à cause que l'on en peut tirer du profit, & que pour la pluspart elles consistent en certaines commoditez & facultez que l'on peut ceder à un autre : car la cession que je feray à un particulier de mon droit de passage ou de puiser de l'eau à une fontaine luy peut être utile & commode, ce qui ne fait point de tort au proprietaire du fonds servant, à qu'il n'importe si c'est moy, ou à un autre qui passe sur son fonds, ou qui prenne de l'eau à sa fontaine, pourvû toutefois que par cette cession, & par ce changement, la servitude n'en devienne point plus onereuse.

Tout cela ne se peut pratiquer pour les servitudes urbaines, *Quæ nullam per se possessionem traditionemve habent, & usum quidem ullum, sed in sola debitoris patientia posita sunt. Connan. l. 4. c. 14.*

Et l'on ajoûte cette autre raison que les servitudes urbaines se constituent pour être perpetuelles, *Constituuntur sub quadam perpetuitate, ne ex mutatione illarum contingat urbis deformatio ædificia Neguys 3. memb. 2. part. n. 17.* La raison la plus solide pour prohiber l'impignoration des servitudes urbaines est que le creancier ne trouveroit personne pour les acheter, *Quis enim exempli gratia emeret servitutem tigni vel stillicidii debitam ædibus Titii, nec enim usui aliarum ædium esse possunt, quam Titii, Cujac. ad 68. lib. Pauli ad Edictum.*

L'Hypotheque peut être stipulée sur des choses qui n'existent pas encore, mais que l'on espere être quelque jour. *Quæ nondum sunt, futura tamen sunt, l. 13. D. de Pign.* pourvû neanmoins que la chose qui les doit produire apartienne au debiteur au temps du contrat. *L. potior. §. Si futura. D. qui pot. in Pign.*

hab. & ibi Bartholus. Suivant cela les bleds, les fruits & les productions des bestiaux peuvent être engagées.

L'on a fait aussi cette question, si les marchandises étant dans une boutique peuvent être hypothequées à cause de la vente & du changement frequent qui s'en fait, ou si l'hypotheque en subsistoit encor aprés la vente de ces marchandises sur celles qui avoient esté mises en la place. Le Jurisconsulte en la *L. cum tabernam, 34. D. de Pign.* répond, *ea quæ in taberna tempore mortis inventa sunt pignori esse obligata.*

C'est une question celebre, si la prohibition de vendre ou d'aliener une chose, comprend aussi celle de l'hypotheque : Pour soûtenir l'affirmative, l'on dit que ce qui ne peut être vendu ne peut être hypothequé, *Quia per hypothecam pervenitur ad alienationem.* Barthole sur la *L. in quorum, D. de Pign.* & la Glose sur la *L. fin. de Reb. alien. non alien.* sont de ce sentiment que *sive lex, sive testator, sive contractus prohibeat alienationem, non solum censetur prohibere dominii translationem, sed etiam hypothecam.*

Pour soûtenir au contraire que sous la prohibition d'aliener, l'hypotheque n'est point comprise, & qu'il ne se fait point de veritable alienation, que par la translation actuelle de la proprieté ; l'on cite la *L. 1. c. de fundo dot.* & la *L. alienationis, de verb. signif.* Or l'hypotheque n'ôte point au debiteur la proprieté de la chose qu'il affecte à ses dettes ; au contraire, *Pignus remanet in bonis debitoris, l. pignus, C. de pignor. act.* Et par consequent le terme d'*aliener* ne comprend qu'improprement l'hypotheque.

L'on concilie ces deux opinions par cette distinction, que dans les Testamens l'on donne une large étenduë à ce terme d'*alienation*, & alors la prohibition de vendre emporte celle d'aliener, & d'hypothequer ; mais que dans les dispositions odieuses & penales, & même dans les contrats où les paroles s'expliquent dans un sens étroit, l'hypotheque n'est point prohibée, quoy que l'alienation n'en soit pas permise. *Neguiz. 3. mem. 2. p. n. 69.*

Touchant les autres choses qui sont susceptibles d'hypotheque, ou qui ne le sont pas, *Vide Neguizantium, part. 2. memb. 3. de Pignor. & hypoth. Donellum de Pign. c. 7. & 8. Merlin. l. 2. tot. tit. 1.*

CHAPITRE IV.

I. De la Constitution d'Hypotheque.
II. De ses effets.
III. De ses differentes especes.

De quelle maniere l'hypotheque peut être contractée.

APRES avoir vû ce que l'on peut hypothequer ; il est de l'ordre de parler de la maniere que cette hypotheque peut être contractée.

Elle peut estre constituée en quelques termes que ce soit.

L'Hypotheque peut être constituée en quelques termes que ce soit entre presens, ou absens, en toutes sortes de contrats & d'obligations, pourvû qu'elles soient legitimes & permises, soit que l'obligation soit pure, ou sous condition, ou à terme, pour celuy qui contracte ou pour un autre ; on la peut contracter pour toute la dette ou pour une partie, sur une seule chose, sur une portion des biens du debiteur, ou sur tous ses biens generalement presens & avenir.

L'hypotheque est presumée mesme sans stipulation.

L'Hypotheque est censée constituée non seulement lors qu'il y en a stipulation expresse, mais même quoy qu'il n'en soit rien dit. Le President Faber dans sa Decade 1. Erreur premiere, a soûtenu que c'étoit une erreur grossiere de croire que le debiteur obligeât ses biens sans convention, & il étoit si fort prevenu de cette pensée, qu'il estimoit cette doctrine si peu soûtenable qu'elle meritoit d'être mise la premiere entre les erreurs qu'il entreprenoit de condamner. Son raisonnement principal est que si sans convention les biens du debiteur devenoient tacitement obligez à son creancier, ce seroit inutilement que l'on auroit fait un titre pour aprendre en quels cas *pignus vel hypotheca tacitè contrahitur.* Car si les biens sont toûjours tacitement obligez, quoy qu'il n'y en ait point de convention, il est entierement superflu de marquer certains cas où l'on acquiert une hypotheque tacite, puis que generalement & sans aucune convention tous les contrats emportent une

une tacite hypotheque ; mais nonobstant son raisonnement c'est un usage general & certain que toute obligation reconnuë emporte hypotheque sans autre stipulation suivant cet ancien proverbe, *Que qui s'oblige oblige le sien.* Voyez Mainard l. 3. c. 2. Charondas l. 12. c. 30. de ses Resp. & neanmoins pour la constituer valablement trois conditions sont principalement requises, que celuy qui la constituë soit capable de contracter, que l'on soit convenu de l'engagement, & que la chose que l'on hypotheque appartienne à celuy qui contracte.

Trois conditions requises en la constitution d'hypotheque.

L'Hypotheque estant valablement constituée, son premier effet est qu'elle emporte de soy un droit réel avec droit de suite sur le fonds hypothequé *jus in re seu jus reale quod fundum sequitur adversus quemcumque possessorem, l. eos. c. qui pot. in pig.* elle affecte solidairement non seulement toute la chose hypothequée ; mais aussi toutes ses parties *tota est in toto, & in qualibet parte*, de sorte qu'elle ne se divise point, & quoy que la chose hypothequée se trouve par aprés possedée par plusieurs personnes, chacun peut être convenu solidairement par action hypothecaire pour le payement de la dette entiere. Le vendeur d'une terre ou d'une maison ayant été payé d'une partie du prix, son hypotheque & son privilege entier ne laisse pas de subsister sur la chose venduë, *Distrahendi rem obligatam non amittit facultatem. L. 6. C. de distract. pign.* Ainsi jugé au Parlement de Paris, Loüet L. H. n. 20. quoy que l'on objectast au contraire que le vendeur en recevant une partie du prix de sa maison, *Dominium partis transtulerat in emptorem.* Cette moitié de maison étant obligée à ses creanciers precedens, le vendeur n'y devoit avoir aucun privilege, il venoit seulement en son ordre d'hypotheque.

Plusieurs Auteurs ont étendu si loin les effets de l'hypotheque qu'ils ont crû qu'étant creée sur un fonds possedé par indivis, elle ne se changeoit point par le partage subsequent, & que le creancier pouvoit s'adresser sur la part du coheritier qui n'étoit point son obligé ; c'étoit le sentiment de Monsieur le Maître & de Dumoulin, *quia hypotheca est jus formatum in re hypothecata, & non est jus alienabile, nec auferibile per debitorem, ne dum per alienationem merè voluntariam, sed etiam prætextu divisionis, quæ hoc nonobstante, sive res tota uni adjudicetur, sive æquis*

regionibus dividatur semper remanet hypotheca in statu suo, & portione indivisa ut prius : Et c'étoit autrefois la jurisprudence du Parlement de Paris, fondée sur l'autorité du Droit en la *l. si quis putans. §. si fundus, D. comm. divid.* Mais c'est avec raison que l'on s'est departi de cette jurisprudence ; car comment se peut-il faire que celuy qui n'a droit qu'à une partie & à charge & condition de partage ou de division, puisse hypothequer l'heritage entier, comme s'il en étoit le seul proprietaire, & qu'il transfere à son creancier plus de droit qu'il n'en a luy-même ; & qu'il n'en pourroit pretendre contre ses coheritiers ou associez? Si un coheritier avoit ce pouvoir, il rendroit la condition de ses coheritiers tres-fâcheuse, car pensant avoir un partage libre & exempt de dettes, il se trouveroit hypothequé aux debtes de leur coheritier, ce qui seroit tout à fait injuste.

Mais à l'égard de celuy qui a contracté l'hypotheque, elle affecte tellement son fonds, qu'il n'est plus en sa puissance d'en disposer ni de l'engager à d'autres au préjudice de son premier creancier.

Chaque heritier en Normandie est tenu personnellemẽt & hypothecairement pour le tout.

Non seulement chaque detenteur, & chaque heritier peut être poursuivi hypothecairement pour le tout ; mais aussi suivant nos usages chaque heritier est tenu personnellement & solidairement suivant l'Article 130. du Reglement de 1666. il n'est point aussi necessaire comme on le pratique à Paris, que les faits du défunt soient déclarez executoires contre ses heritiers ; mais suivant l'Article 129. du même Reglement de 1666. le contrat ou jugement qui étoit executoire contre le défunt l'est aussi contre l'heritier tant sur les biens de la succession que sur ceux dudit heritier, sans qu'il soit besoin d'agir contre luy pour faire declarer lesdits contrats & jugemens executoires : ce qui est contraire à la disposition du Droit Civil en la *l. Paulus 29. D. de pign.* suivant laquelle *bona hæredis à creditore testatoris vindicari non possunt.*

Que si le fait du défunt n'avoit pas été reconnu ni rendu executoire contre luy, en ce cas il le faut faire reconnoître & déclarer executoire avec les heritiers, ou l'un d'eux ; mais aprés cette reconnoissance chaque heritier devient solidairement & personnellement obligé, & nous ne suivons point la

Jurisprudence du Parlement de Paris, établie par un Arrest raporté par M. Bouguier l. c. n. 1. par lequel il a été jugé qu'une simple cedule reconnuë en la personne de l'heritier, & non du défunt n'oblige l'heritier sinon que pour sa part & portion hereditaire, & non hypothecairement pour le tout, l'Arrest fondé sur ces raisons que l'hypotheque n'a jamais subsisté en la personne du défunt, & qu'elle n'a commencé qu'en la personne des heritiers, & la personnelle est divisée *ipso jure* par la Loy des douze Tables; tellement que chacun n'est tenu personnellement que pour sa part & portion de l'hypothecaire, qui puis aprés suit par la reconnoissance, & sur la personnelle l'on ne peut constituer un droit réel contre des heritiers que pour leur part & portion; mais ces raisons ne seroient pas valables en Normandie où les heritiers sont tenus solidairement des faits du défunt, sans distinguer si ces faits ont été reconnus ou non, la reconnoissance n'étant necessaire à l'égard des heritiers que pour rendre les contrats executoires, de sorte que l'obligation étant personnelle & solidaire contre le défunt, ses heritiers en sont tenus de la même maniere, la reconnoissance emportant hypotheque, & l'heritier representant la personne du défunt, il est tenu de ses dettes de la même maniere qu'il l'auroit été, les actions pouvant commencer en la personne de l'heritier & contre l'heritier, *l. un. C. ut actet. hered. & cont. hered.* & il ne faut point distinguer si l'obligation a commencé en sa personne ou en celle du défunt, parce qu'il suffit au creancier que l'hypotheque luy soit une fois acquise, & en effet le Parlement de Paris jugeoit autrefois qu'encore qu'une cedule n'eust été reconnuë qu'aprés le decez du debiteur, neanmoins son heritier pouvoit être condamné hypothecairement pour le tout, suivant les Arrests remarquez par Charondas en ses memorables Observations, Lettre *D. in verbo Debit.*

Mais comme l'hypotheque n'est acquise aux creanciers du défunt sur ses biens qu'en consequence de l'adition d'heredité, les creanciers personnels de cet heritier ne souffrent point de préjudice par cette adition d'heredité, ils conservent leurs hypotheques sur les biens de leur obligé, & dans le concours desdits creanciers du défunt & de l'heritier anterieur à l'adition d'heredité, il se fait une separation de biens.

Le creancier peut faire saisir & vendre la chose hypothequée.

L'hypotheque produit encor cet autre effet que le creancier en vertu d'icelle à faute de payement peut saisir la chose hypothequée, & la faire vendre par autorité de Justice.

Les biens s'engagent en deux manieres.

L'engagement des biens se peut faire en deux manieres, ou par une tradition actuelle de la chose engagée, ou par une simple convention qui n'ôte point la joüissance ni la possession de la chose engagée à celuy qui l'hypotheque. La premiere espece est appellée *Gage*, & l'autre *Hypotheque*, *propriè pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypotheca cum non transit possessio ad creditorem l. 9. de pignerat. act. D.*

Deux conditions du simple gage.

Le simple gage a toûjours ces deux conditions inherentes; la premiere que le creancier le peut retenir jusqu'à ce qu'il soit payé, & la seconde, qu'à faute de payement il le peut faire vendre; car il ne peut se l'appliquer & le retenir pour soy, *Rem pigneratam in solutum retinere non potest, alioquin non pignoris loco daretur, sed solutionis, Donel. de pign. & hypoth. c. 1.*

Nos Praticiens distinguent encore les hypotheques en réelles & foncieres & simples hypotheques. Car bien que toute hypotheque affecte la chose engagée, neanmoins la fonciere a plus de realité, parce qu'elle est inherente au fonds, & qu'elle en fait partie, elle donne un droit de preference, & elle suit toûjours le possesseur qui ne peut opposer ni demander la discussion, *l. Imperatores, D. de publ. vect.* Mais la simple hypotheque n'a pas ces prerogatives, comme on le verra dans la suite.

L'usage du gage est le plus ancien.

L'usage du gage est sans doute le plus ancien, mais il n'étoit pratiqué que pour les meubles, ou pour choses tenant nature de meuble; mais enfin, ou par necessité, ou pour une plus grande facilité du commerce l'on engagea pareillement les heritages non par une simple convention, mais par une tradition actuelle & par une prise de possession de la part du creancier.

Depuis on s'est contenté de la simple hypotheque.

Dans la suite, parce que les debiteurs avoient peine à se dessaisir de la joüissance de leur fonds, pour une simple dette, les creanciers avides pour tirer du profit de leur argent furent contraints de se contenter d'une simple hypotheque, à condition toutefois que les debiteurs seroient tenus de leur delaisser le fonds hypothequé pour être vendu lors qu'ils manqueroient

de payer dans les temps préfix, & c'est depuis cet usage que l'on a dit que *pignus ab hypotheca tantum nominis sono differt. l. res hypothecæ, D. de pign. & hypoth.* le gage se contractant également par une simple convention, comme par une tradition actuelle, quoy qu'autrefois suivant la proprieté des termes, *pignus propriè diceretur quod ad creditorem transibat, & hypotheca, cum non transiret possessio ad creditorem*, & c'est pourquoy, *pignus re contrahitur, D. de pign.*

Il n'est pas necessaire d'expliquer toutes ces differences que les Jurisconsultes Romains mettoient entre le gage & l'hypotheque, il suffit de sçavoir qu'ils faisoient quatre especes d'hypotheques. La *Conventionnelle* qui procedoit de la convention des parties: la *Legale* qui étoit introduite par la Loy, & que par cette raison l'on appelloit aussi *tacite*, le *gage du Preteur* qui étoit lors que pour la contumace ou la fuite du debiteur, son creancier étoit envoyé en la possession de ses biens, & le *gage judiciaire*, qui étoit lors qu'en vertu d'une Sentence & pour l'execution d'icelle le creancier se faisoit envoyer en la possession des biens de celuy qu'il avoit fait condamner, afin d'être payé de ce qui luy estoit dû. De ces quatre especes d'hypotheques, nous n'en avons retenu que trois, le gage judiciaire comprenant celuy du Preteur.

Quatre especes d'hypotheques.

L'on fait encore deux autres sortes d'hypotheques, la *volontaire*, & la *necessaire*: l'on appelle hypotheque volontaire celle qui procede de la convention expresse des contractans, ou qui dépend de la volonté expresse ou tacite du testateur, la necessaire est celle qui est établie par la Loy, *Balduin. de pign. c. 3. Donell. de pign. & hypoth. c. 6.*

Deux autres sortes d'hypotheques.

Toutes ces sortes d'hypotheques peuvent avoir lieu dans les contrats. *In omni contractu seu obligatione, sive pura, sive in diem, sive conditionali:* Mais pour faire subsister une hypotheque, il faut toûjours qu'il y ait une obligation precedente qui luy serve de cause & de fondement, *hypotheca vel pignus constitui non potest nisi aliqua obligatione præcedente, l. contrahitur, D. de pign. & hypoth.*

Toutes ces sortes d'hypotheques sont receuës dans les contrats.

Pour acquerir une hypotheque, il suffit que le bien ait appartenu un seul moment au debiteur, quelque alienation qu'il en fasse par aprés elle n'efface point le droit qui est acquis au

creancier, *res enim transit cum onere.* Cela néanmoins n'est véritable que pour les immeubles : à l'égard des meubles, l'hypotheque en est purgée lors qu'ils cessent d'appartenir au debiteur, & qu'ils ne sont plus en sa possession.

Maintenant il faut expliquer ces differentes especes d'hypotheques, dont je viens de parler.

CHAPITRE V.

I. De l'hypotheque conventionnelle.
II. Et de ses diverses especes.

Définition de l'hypotheque conventionnelle.

L'On définit en cette maniere l'hypotheque conventionnelle, *est obligatio rei licitæ ad securitatem creditoris facta.* Une obligation legitime stipulée pour la sûreté du creancier. L'hypotheque conventionnelle procede donc du consentement & de la volonté des contractans, ou bien elle est établie par le Magistrat, & alors on l'appelle judiciaire.

Sa division.

L'hypotheque conventionnelle est generale ou speciale : elle est generale lors qu'elle contient l'obligation de tous les biens presens & avenir, *cum sine ulla rerum notatione res omnes obligantur.*

De la convention generale, & qu'elle comprend les biens presens & avenir.

L'on doutoit autrefois si lors que l'on obligeoit simplement ses biens, sans avoir ajoûté ces mots *presens & avenir*, ceux que le debiteur acqueroit dans la suite étoient compris dans cette hypotheque generale : Justinien a decidé cette difficulté dans la *L. fin. C. de pign. & si verba videantur concludere in tempus præsens.* Les Notaires ne manquent pas d'employer la clause des biens presens & avenir : quand elle seroit obmise on la suppléroit par cette raison, que la condition du debiteur n'en devient point plus mauvaise, la dette n'en augmentant point par cette extension de l'hypotheque sur les biens avenir : on l'a jugée si favorable que suivant le sentiment des Docteurs, si dans l'acte qui seroit presenté aux Notaires la clause de l'hypotheque sur les biens avenir avoit été obmise, elle pourroit être

ajoûtée par les Notaires, parce que les contractans ne s'adressent à eux que pour réduire les clauses de leurs Contrats dans les termes du droit ordinaire, & suivant l'intention vray-semsemblable des contractans. *Recurritur ad Tabellionem ratione peritiæ, videtur enim rogatus ut secundùm peritiam faciat instrumentum, Neguzantius in 3. memb. 3. part. n. 24.*

Quelques Auteurs estiment que quand l'on n'avoit parlé que de meubles & d'immeubles, les noms & actions n'étoient point engagez, *Neguzant. primo memb. 2. part. n. 9.* La raison de leur opinion est que dans le Droit Romain les noms & actions font une troisiéme espece de biens, & qui par consequent ne sont point compris dans l'obligation des meubles & immeubles, de sorte qu'encore que dans l'hypotheque generale de tous biens les noms & actions soient compris : il n'en est pas de même, quand l'hypotheque est stipulée seulement sur les meubles & immeubles; mais comme nous ne faisons que deux especes de biens, c'est une maxime certaine que dans l'hypotheque generale des biens, les noms & actions sont compris comme tous les autres biens, de quelque nature qu'ils soient, comme les marchandises, & autres choses venales.

Bien qu'il soit certain que la simple constitution d'une hypotheque generale s'étende sur les biens avenir comme sur les presens, il y a neanmoins quelques Loix qui font de la peine, & qui meritent d'être expliquées. L'on a demandé si celuy qui avoit engagé une terre, & tous les esclaves qui étoient sur ce lieu-là, en ayant substitué d'autres en la place de ceux qui étoient morts, le creancier pouvoit pretendre que ces esclaves que l'on avoit substituez en la place des défunts, fussent affectez à sa creance? Le Jurisconsulte répond dans la *L. fidejussor. 26. §. 2. D. de Pign.* qu'ils ne le sont point, *quia hæc, non illa essent quæ pignori obliganda essent.*

Loix contraires.

Au contraire dans la *L. grege*, au même Titre, si le proprietaire qui avoit engagé son troupeau, l'avoit depuis renouvellé tout entier, & vendu ou changé toutes les bestes qui le composoient lors de l'obligation, le creancier conserveroit son gage, *Quamvis prima corpora mutentur, & nova loco ipsorum subrogentur, subrogata veniunt loco priorum in obligatione facta de prioribus, Neguzant. par. 2. memb. 2. n. 18.*

On a fait aussi la même question pour la boutique d'un Marchand, si ayant engagé toutes les marchandises qu'il avoit en sa boutique lors qu'il s'étoit obligé, & depuis les ayant venduës & en ayant racheté d'autres, ces dernieres étoient subrogées en la place des premieres? Le Jurisconsulte en la *L. cum tabernam, D. de pign.* répond, *ea quæ tempore mortis debitoris in taberna inventa sunt pignori obligata esse videri.*

Solution qu'il faut examiner la maniere dót l'on a contracté.

Pour concilier ces Loix, il faut considerer exactement la maniere dont on s'est expliqué, & les termes dont on s'est servy, *si sint obligata corpora quæ sint universalia, aut si sint obligata particularia :* Par exemple en la *L. fidejussor*, l'on avoit expressement engagé les esclaves qui étoient en ce lieu-là ; & c'est pourquoy, comme ils étoient particulierement affectez à la dette, l'on ne pouvoit étendre l'obligation sur les autres que l'on avoit substituez en leur place ; car lors que l'on hypotheque certains corps ou certaines choses, cette convention n'est pis reputée generale, & c'est pourquoy l'on ne la fait valoir que suivant les termes precis de l'obligation.

Mais lors qu'en termes generaux l'on engage un corps universel, comme un troupeau ou une boutique ; ce qui est substitué, chngé ou remplacé succede en la même qualité à ce que l'on a ôté ou changé. Ainsi en l'obligation du troupeau, c'étoit le troupeau en general qui étoit engagé, & non point chaque beste qui composoit ce troupeau. *Grex namque est obligatus, non singula corpora quæ nunc erant cum de corpore conveniretur, & ideo quæ postea nata sunt & nascuntur, & alia omnia quæ in locum demortuorum capitum substituta sunt pignori tenebuntur, Donell. de pign. ac hypoth. c.6.*

Il faut dire la même chose de l'hypotheque sur une boutique; *est nomen universale quod recipit tantum nomen ab ædificio quantum à mercantia*, & c'est une Metonymie par laquelle l'on donne à la chose qui contient le nom de la chose qui est contenuë, la vente qu'il fait des marchandises qu'il avoit lors de l'obligation n'éteint point l'hypotheque, parce que l'on ne presume pas que le creancier ait eu dessein d'empêcher le trafic de son debiteur, mais seulement d'engager les marchandises qui seront en sa possession lors que le creancier les fera saisir, *nam ita obligasse non videtur, ut amplius distrahere non possit*, il faut donc dire que

hypothecæ

hypothecæ generali persimilis est hypotheca universitatis : & quoy que Scævola dans la *L. qui Ratam 122. §. Callimachus , D. de verb. oblig.* ait répondu dans l'espece qui luy étoit proposée, que toutes les marchandises étoient hypothequées , parce qu'il étoit dit par la convention que le debiteur obligeoit les marchandises qu'il avoit & celles qu'il mettroit en la place de celles qu'il vendroit ; il ne s'ensuit pas que cette paction soit toûjours necessaire. *Balduin. de pign. & hypoth. c. 9.*

Il faut neanmoins remarquer qu'encore que l'on puisse obliger toutes ses marchandises , tant celles que l'on a au temps de l'obligation que celles que l'on achetera par aprés, l'effet de l'hypotheque ne subsiste qu'entant qu'elles se trouvent en la main de l'obligé;la raison est que ces choses peuvét bien être valablement hypothequées,cela pourtant n'empêche pas que le maître de ces marchandises n'ait la liberté de les vendre & d'en disposer suivant le sentiment de Balde sur la Loy *ubi adhuc,C. de jure dot.* Ce qui ne reçoit pas de difficulté par le Droit François, où les meubles n'ont point de suite par hypotheque, ce qui ne se pratiquoit point parmi les Romains ; le creancier neanmoins pourroit arrêter les deniers s'il les trouvoit encore en essence.

En consequence de cette maxime , que dans l'hypotheque generale l'on comprend tous les biens que le debiteur a acquis depuis son obligation , l'on a formé cette question , si sur ces biens les creanciers doivent concurrer & être mis en même rang, ou si chacun doit être payé selon l'ordre de son hypotheque ? Maître Guy Coquille, sur la Coûtume de Nivernois, c. des Rentes , Art. 10. avouë que l'opinion commune & vulgaire est que les plus anciens ont la preference : Il soûtient neanmoins que nul ne peut hypothequer que ce qui est sien au temps de la constitution de l'hypotheque , & qu'encore que celuy qui oblige ses biens soit presumé obliger ses biens presens & avenir, l'hypotheque de ces biens avenir ne commence que du moment qu'il en est devenu proprietaire : Or au moment de la naissance de cette hypotheque tous les creanciers se trouvant en concurrence par le ministere de la Loy pour acquerir cette hypotheque , & ainsi s'empêchant l'un l'autre par cette concurrence , chacun doit y avoir part à proportion de sa dette.

Comment les creanciers doivent être colloquez sur ces sortes de biens.

Mais le sentiment de Coquille n'est point raisonnable ; il est

vray, comme dit Barthole, que dans le cas d'une hypotheque speciale, il est necessaire que la chose que l'on pretend être specialement hypothequée appartienne au debiteur au temps du Contrat, mais dans la generale hypotheque en quelque temps que le debiteur devienne proprietaire de la chose, la preference en est acquise au plus ancien creancier, la raison est qu'encore que celui qui s'oblige n'ait aucuns biens presens, neanmoins son obligation ne laisse pas de valoir sur les biens qui luy peuvent venir, ce qui n'a point lieu en l'hypotheque speciale; *quia res aliena à debitore non acquisita ab ipso obligari non potest. Neguzantius part. 2. memb. 3. n. 52. Merlin. de pignor. & hypoth. l. 2. tit. 1. q. 2.*

Exception à cette régle.

Il n'y a qu'une seule exception à cette régle, en faveur du fisc, *l. si is qui D. de jure fisci*, & c'est la Jurisprudence du Parlement de Paris, comme Mornac l'assure sur la *L. Gaius 15. D. de pign.*

Loisel en ses Instit. Coûtum. l. 3. t. 7. Art. 21. dit que la generale hypotheque de tous biens, comprend les presens & avenir, & non ceux de ses hoirs, contre lesquels ajoûte son Commentateur, le creancier n'a hypotheque que du jour de la Sentence, par laquelle ils sont condamnez à payer, ou du jour qu'ils se sont obligez de payer devant une personne publique; mais en Normandie les biens des heritiers deviennent hypothequez aux creanciers du défunt par la seule adition d'heredité, sans qu'il soit besoin d'obtenir Sentence qui les condamne à payer ou de passer Contrat pour les obliger comme on l'a déja remarqué dans le chapitre precedent.

De l'hypotheque speciale.

L'hypotheque speciale, est lors qu'elle n'est point indéfinie ny de tous biens presens & avenir, mais qu'elle est terminée & limitée à une chose particuliere, ou à certains biens *cum specialiter & nominatim certæ res pignori dantur non indefinitè omnium bonorum præsentium & futurorum*, comme lors qu'on oblige specialement une telle maison, ou bien lors qu'aprés l'hypotheque generale l'on oblige specialement une certaine chose. Et c'est pourquoy pour discerner si l'hypotheque est speciale, l'on doit examiner ce qui est compris expressement & specialement dans la convention, parce que l'on n'y doit comprendre que ce dont on est expressement convenu, & toutefois l'on peut bien

comprendre dans l'hypotheque ſpeciale tout ce que l'on peut affecter par une generale hypotheque.

Cependant on ne laiſſe pas quelquefois de l'étendre aux acceſſoires & aux choſes qui en ſont provenuës ; par exemple, ſi le fonds étoit augmenté par alluvion ; ſi l'uſufruit avoit été conſolidé à la proprieté ; ſi l'on avoit báty ſur le fonds hypothequé, *L. ſi fundus. D. de pignor. l. ſi convenerit ; §. ſi nuda, D. de pignerat. act.*

Elle s'étend aux acceſſoires.

L'on ne diſtingue point à l'égard du debiteur ſi l'hypotheque eſt generale ou ſpeciale : le creancier peut ſe faire payer ſur tel bien qu'il luy plaiſt, ſoit qu'il luy ſoit obligé generalement ou ſpecialement ; *l. creditoris arbitrio, D. de diſtract. pign.* parce que le creancier a un droit également bon ſur tous les biens de ſon debiteur, *l. 2. C. de pign. & hypoth.* & la diſcuſſion ordonnée par la *L. quamvis, C. de pign. & hypoth.* a lieu ſeulement dans le concours de deux creanciers, & non lors que la conteſtation arrive entre le creancier & le debiteur ſeulement. Monſieur le Maître en ſon Traité des Criées, *l. 1. c. 32.* a raporté des Arreſts du Parlement de Paris, qui l'ont jugé de la ſorte.

Il n'importe à l'égard du debiteur ſi l'hypotheque eſt generale ou ſpeciale.

Les Docteurs ont fait ces differences entre l'hypotheque generale & l'hypotheque ſpeciale : la premiere, qu'il eſt de l'eſſence de l'hypotheque ſpeciale que le creancier prouve que la choſe hypothequée apartinſt au debiteur au temps du contrat, parce qu'il ne peut hypothequer ſpecialement le bien dont il n'eſt point ſeigneur lors de l'obligation ; mais l'on peut bien par une hypotheque generale affecter à ſes dettes les biens que l'on ne poſſede pas encore, *l. & quæ nondum, D. de pign.* Rebufe des Conſtitutions de rente *verbo hypotheca*, Gloſ. 4. ce qui a lieu, encor que dans l'obligation generale il n'euſt point été fait mention des biens à venir : Il ſuffit neanmoins pour faire ſubſiſter la ſpeciale hypotheque ſur un bien qui n'apartient pas au debiteur qu'il ait quelque droit à la choſe, *quia in eo jure conſiſtit obligatio.*

Difference entre l'hypotheque generale & ſpeciale.
Premiere difference.

En ſecond lieu, l'hypotheque ſpeciale donne plus de droit & affecte plus fortement la choſe. Par exemple, celuy qui avoit engagé par une obligation generale ſes eſclaves les pouvoit affranchir, ce qu'il ne pouvoit faire lors qu'il les avoit engagez particulierement, *l. 3. c. de ſervis pign. dat.*

Seconde difference.

Troisiéme difference.

L'on fait encor cette difference, que si le proprietaire loüant sa maison, affectoit specialement cette maison à son locataire, & que par aprés il la vendist, l'acheteur seroit tenu d'entretenir le bail, quoy qu'il n'y eust pas été obligé s'il n'y avoit qu'une hypotheque generale. *Barthol. in l. emptorem, c. locato.* Rebuse, *loco supra citato. num. 11.*

En preference d'hypotheque entre creanciers la speciale n'a point plus de prerogative que la generale.

Il est certain que par le Droit Romain & par le Droit François, quand il s'agit de la preference entre les creanciers, l'hypotheque speciale n'a point plus de prerogative que la generale : *Regulariter*, dit du Moulin, sur le paragraphe 30. de la Coûtume de Paris, *tantùm operatur generalis hypotheca, quantùm specialis. L. qui generaliter, ff. qui pot. in hypoth. hab.* parce que la priorité fait que celuy qui a la prerogative du temps doit être colloqué le premier. *Generalis hypotheca prior praefertur posteriori cuicumque etiam speciali Gothof. ad dictam l.*

Mais l'hypotheque generale & speciale n'ont pas le même effet, lors qu'il s'agit de la discussion des biens de l'obligé, & l'on y fait de la difference, tant à l'égard des creanciers entr'eux qu'à l'égard du tiers detenteur. A l'égard des creanciers il semble juste que le droit du premier creancier étant également valable sur tous les biens du debiteur, la speciale hypotheque qu'il a stipulée outre la generale ne luy soit point desavantageuse, & comme je le viens de dire, il doit être en sa liberté de prendre tels biens de son obligé qu'il luy plaist, *l. creditoris arbitrio, ff. de distrah. Pign.* neanmoins l'Empereur a decidé le contraire en la *L. quamvis, C. de pign.* la raison de cette décision est, que quoy que chacun puisse user de son droit comme il le juge à propos, bien qu'en ce faisant il fasse prejudice à autruy, *l. 1. §. 11. ff. de aquâ pluvia arcend.*

Il y a neanmoins certains cas où l'on ne peut faire ce qui nuit à un autre, lors qu'on n'en tire aucune utilité : or si le premier creancier qui pourroit être payé sur le bien qui luy est particulierement obligé, vouloit faire vendre les autres biens qui luy sont generalement affectez au préjudice des autres creanciers, il leur feroit préjudice sans en recevoir aucune utilité, & la *L. creditoris arbitrio*, n'est point contraire à cette maxime, parce qu'en cette Loy il ne s'agissoit que de l'interest d'un creancier seul, lequel par consequent avoit une pleine liberté de s'adres-

ser sur tous les biens de son debiteur, mais lors qu'il y a plusieurs creanciers, suivant la disposition du Droit Romain, celuy qui a l'hypotheque speciale est tenu de la discuter, & cela n'auroit pas lieu contre celuy qui n'auroit que la generale, car un second creancier ne le pourroit pas contraindre de s'addresser sur certains biens, encor qu'il les pretendist suffisans pour le rembourser, *l. qui generaliter. ff. qui potior in pign. hab.* Mr. le Maître des Criées l. 1. c. 32. a remarqué plusieurs Arrests du Parlement de Paris, par lesquels il a été jugé que l'on est tenu de s'adresser sur les terres specialement hypothequées, & icelles discuter avant que de venir aux generales hypotheques.

Mais dans le cas où l'on peut obliger le premier creancier à discuter son hypotheque speciale, lors qu'on la soûtient suffisante, si le premier creancier s'en défend par cette raison que le bien n'est pas suffisant, l'on demande si ce premier creancier sera tenu de montrer & de faire voir qu'il ne pourra être payé sur les biens qui luy sont specialement hypothequez ? Il faut dire en ce cas que la discussion se doit faire aux perils & risques du second creancier.

En discutant la speciale hypotheque, ce doit être aux risques du second creancier.

Celuy donc qui a une speciale hypotheque outre la generale, est tenu de la discuter suivant la *L. quamvis, C. de Pign. quamvis constet specialiter quadam & generaliter universa bona adversarium tuum pignori accepisse, & æquale jus in omnibus habere, jurisdictio tamen temperanda est. Itaque si certum est eum ex his quæ nominatim & pignori obligata sunt universum redigere debitum, ea quæ postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Præses Provinciæ providebit.* Et cela a lieu entre plusieurs creanciers, suivant le sentiment de Baquet, des Droits de Just. c. 21. n. 150. en sorte que le creancier qui a seulement une hypotheque generale, bien qu'il soit posterieur, empêchera que le creancier anterieur qui a l'hypotheque speciale vienne en distribution avant qu'il ait discuté son hypotheque speciale, en baillant toutefois caution de rapporter les deniers qu'il aura reçûs.

L'on est tenu de discuter l'hypotheque speciale, quand elle suffit pour payer la dette.

C'est pourquoy un Docteur a dit qu'il est souvent plus à propos de n'avoir qu'une hypotheque generale que d'en avoir une speciale sur certains biens, outre la generale. Car lors qu'on

De la discussion des hypotheques speciale & generale.

n'a qu'une hypotheque generale sur certains biens, le debiteur n'y donne point d'atteinte & ne l'affoiblit point en contractant une hypotheque speciale sur quelque partie de ses biens, *l. qui generaliter*, 2. *D. qui pot. in pign. hab.* mais si outre l'hypotheque generale, l'on se fait hypothequer particulierement quelque chose, ce creancier ne se peut adresser sur les autres biens, avant que d'avoir discuté ceux qui sont particulierement affectez à sa dette, *l. 2. C. de pign. Donell. de Pign. & hypoth. c. 9.* Aussi suivant le sentiment du President Faber, il est desavantageux à un creancier de stipuler une hypotheque speciale outre la generale, parce qu'en ce faisant il s'impose deux conditions onereuses; premierement il s'engage à discuter les biens du debiteur; & en second lieu, on le contraint à discuter la speciale hypotheque avant que de se servir de l'hypotheque generale. *Faber de Err. pragm. t. 1. de t. 6. err. 4.*

Quand on est contraint de discuter l'hypotheque speciale avant la generale.

Du tiers detenteur, & quand il est contraint de déguerpir.

A l'égard du tiers detenteur, & particulierement de celuy qui avoit acquis l'heritage specialement affecté à la dette, l'on a douté s'il pouvoit forcer le creancier à discuter les autres biens du debiteur. Par l'ancien Droit Romain, il étoit en la liberté du creancier de poursuivre son obligé par une action personnelle, ou de s'addresser au possesseur de ses biens, *l. mulier, 11. C. de distract. pign.*

Cela fut corrigé par Justinien en faveur du tiers detenteur, *Authent. hoc si debitor, C. de pign. & authent. sed hodie. C. de oblig. & act.* & il ordonna que la discussion des autres biens du debiteur fut faite avant que de pouvoir inquieter le tiers detenteur, & le contraindre à déguerpir. Il faut neanmoins remarquer que cette Authentique, *hoc si debitor*, n'a point lieu pour les contrats pignoratifs: le creancier *recta via* peut s'adresser sur la chose impignorée, *quia dominium pignoris penes debitorem est.*

Des contrats pignoratifs.

Il y a eu plus de doute pour sçavoir si la discussion pouvoit être demandée par le tiers detenteur au prejudice de l'hypotheque speciale: Cette question est traitée par Mr Loüet *l. ff. h. n. 9.* & il raporte un Arrest par lequel il a été jugé qu'il falloit faire discussion suivant l'Authentique *hoc si debitor, C. de obl. & act.* La raison est qu'en ces hypotheques il y a deux obligations qui concourent, la personnelle, & l'hypothequaire: la

personnelle est la premiere comme la plus noble; & par laquelle l'on doit commencer, & cette discussion n'est pas favorable, parce que nonobstant la specialité de l'hypotheque, le debiteur ne laisse pas de pouvoir disposer de son bien, ce qu'il ne pourroit pas autrement, parce que chaque creancier stipulant une speciale d'hypotheque, personne ne voudroit acquerir un bien dont il pourroit être dépossedé sans discussion, quoy qu'il restast des biens suffisans au vendeur pour payer ses debtes. Par l'Article 217. de la Coûtume de Touraine, *t. des Rentes constituées*, l'hypotheque speciale ne se divise point, estant au choix du creancier de s'addresser contre le detenteur de la chose specialement obligée, ou contre l'obligé & ses heritiers, sans faire discussion; & par l'Article suivant, l'hypotheque generale se divise fors contre l'obligé: Neanmoins le creancier doit premierement discuter l'hypotheque speciale ou l'obligé, avant que de s'adresser au detenteur de la chose generalement hypothequée, & par les Articles 99. & 100. de la Coûtume de Paris, quand les heritages sont specialement obligez, & qu'il y a generale obligation sans specialité, & qu'il y a cette clause que la speciale ne déroge à la generale, ny la generale à la speciale, le detenteur est tenu personnellement. Aprés la discussion faite, le creancier peut s'adresser à celuy des tiers acquereurs que bon luy semblera, sans être tenu de garder l'ordre des acquisitions, *l. creditoris.* ⁊. *D. de destract. pig. creditoris arbitrio permittitur; & pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire*, quoy que Masuer & quelques autres ayent été d'un sentiment contraire: Mais le President Faber a fort bien prouvé que c'étoit une erreur, *Dec. 5. err. 9.* où il fait neanmoins difference entre l'hypotheque expresse, & l'hypotheque tacite, & il estime que celuy qui n'a que l'hypotheque tacite ne peut s'adresser qu'au dernier acquereur. *In ejus bonis permanet, l. pignus.* ⁊. *C. de pign. act.* Ces sortes de contrats ne sont point translatifs de proprieté; & ils n'empêchent point que le debiteur n'en dispose par une vente parfaite, ou par quelqu'autre Contrat.

Si l'on peut demander la discussion au préjudice de l'hypotheque speciale.

De l'hypotheque expresse & de la tacite.

Quant à la preference, l'hypotheque speciale n'a point plus de prerogative que la generale, dautant que la priorité fait que ce qui est le premier en hypotheque, est le premier mis

en ordre de distribution ; mais la speciale hypotheque à les autres prerogatives que j'ay remarquées.

Que si deux opposans aux Criées d'un heritage, ont hypotheque de même jour & datte, l'un generale, l'autre speciale, qui des deux sera premier mis en ordre? Monsieur le Maistre, des Criées, l. 1. c. 32. & q. 11. estime que ce sera celuy qui a la speciale hypotheque. *Quia sibi cautius cavit.*

En France, pour faire cesser ces differences entre la generale & la speciale hypotheque, l'on ne manque pas d'employer cette clause dans les Contrats, que l'hypotheque generale ne déroge point à la speciale, ni la speciale à la generale, mais qu'il sera en la liberté du creancier de s'adresser sur l'hypotheque generale ou speciale.

En Normandie l'hypotheque generale & la speciale ont presque toûjours le même effet.

En Normandie l'hypotheque generale & speciale ont presque toûjours un même effet ; nous n'admettons pas la discussion, mais aussi nous ne la rejettons pas absolument, & suivant l'Article 131. du Réglement de 1666. le creancier peut faire saisir réellement les immeubles affectez à sa dette & possedez par un tiers acquereur, & ne peut être forcé de faire auparavant la discussion des biens de son debiteur ni de ses heritiers ; si mieux n'aime le tiers acquereur bailler déclaration des tenans & aboutissans des heritages possedez par le debiteur ou par des acquereurs posterieurs de luy, pour être ajugez par decret à ses perils & fortunes, & bailler caution de faire payer le saisissant de sa dette, en exemption des frais du decret & du treiziéme.

On le pratiquoit autrefois de la sorte en France, comme on l'aprend de Mazuer, *tit. des Executions & subhastations, n. 9. Le creancier*, dit-il, *qui a expresse hypotheque sur quelque immeuble, le peut saisir, encor qu'il ait été vendu, & que le debiteur soit solvable, toutefois si le debiteur de la chose obligée offre de montrer des biens possedez par le debiteur, ou par son heritier, & qu'il requiere qu'ils soient saisis premierement & vendus à ses dépens, il y sera reçû.* Cette pratique étoit fondée sur la *L. debitorem, C. de pignor.* qui dispose que le debiteur par l'alienation qu'il fait de son bien, ne peut empêcher ni alterer l'effet de l'hypotheque, & dans la *L. est in arbitrio, C. de obligat. & act.* l'on donne le choix au creancier de s'adresser au debiteur ou au tiers possesseur de la chose hypothequée ;

pothequée : mais en France l'on a changé cet uſage, & l'on ſuit l'Authentique. *Hoc ſi debitor, C. De Pign.* mais nous avons retenu en Normandie l'ancien uſage de France.

CHAPITRE VI.

De l'Hypotheque tacite.

I. Sa définition.

II. Divers exemples de l'Hypotheque tacite.

L'On appelle *Hypotheque tacite*, celle qui s'aquiert par le ſeul benefice de la Loy, & qui eſt établie par elle, ſans qu'il ſoit beſoin d'aucun conſentement, ou d'une ſtipulation expreſſe des parties, *quæ à lege vel à ſtatuto inducitur ſuper bonis debitoris abſque expreſſis contrahentium pactionibus*; la raiſon eſt que quand quelqu'un fait une choſe pour laquelle la Loy donne hypotheque, il eſt preſumé conſentir tacitement la même hypotheque ſur ſes biens, que la Loy donne, encore qu'il n'en ait été rien ſtipulé; ce qui eſt amplement expliqué dans le Titre du Digeſte & du Code, *quib. mod. pign. vel hypoth. tac. contrah. lex in omnibus tacitis hypothecis fingit pactionem & conventionem partium contrahentium quamvis expreſſa, & ficta non fuerit, & eſt perinde ac ſi in veritate hypotheca illa fuiſſet conſtituta per conventionem partium. Neguz. in primo memb. 4. n. 11. & ſeq.* Definition de l'hypotheque tacite.

Et bien que cela ne ſe faſſe que par fiction, ces hypotheques tacites ne laiſſent pas de produire les mêmes effets que les hypotheques conventionnelles & expreſſes. De ſorte que par égard à la Loy, elle eſt reputée expreſſe, & par égard aux contractans elle eſt toûjours tacite, parce qu'elle ne procede point de leur fait, & comme l'hypotheque expreſſe affecte tous les biens preſens & avenir, la tacite opere la même choſe & n'eſt pas de moindre étenduë.

Les Loix admettent pluſieurs eſpeces d'hypotheques tacites, & *Neguzantius de Pign. & hypoth. p. 2. memb. 4.* en a remarqué Combien il y a d'eſpeces d'hypotheques tacites.

jusqu'à 26 especes; mais comme la pluspart sont fondées sur de certains principes de la Jurisprudence Romaine, qui ne sont point conformes à la nôtre, je ne m'attacheray qu'à celles qui sont reçûës par l'usage.

De l'hypoque tacite du pupille sur les biens de son tuteur.

L'hypotheque tacite dont la connoissance est la plus utile, est celle que la Loy introduit en faveur des pupilles, en vertu de laquelle les biens de leurs Tuteurs & Curateurs leur sont hypothequez du jour de leur institution pour le reliqua de leur compte, ou pour leur mauvaise administration, *l. pro officio, C. de administ. Tut.* & ce terme de mauvaise administration comprend tout ce qu'ils ont mal geré & tout ce qu'ils ont negligé de faire quoy qu'ils y fussent obligez; ce qui n'a pas lieu seulement pour les Tuteurs, mais aussi pour les Curateurs des furieux, des prodigues & des imbeciles, *L. dabimusque, §. ult. ff. de bon. author. jud. poss.*

Elle a lieu contre celuy qui a fait les fonctions de tuteur, quoy qu'il ne le fût pas.

L'on donne aussi cette hypotheque tacite contre celuy qui a fait la fonction de Tuteur, quoy qu'il n'en eust pas la qualité ni le titre, *l. dabimúsque, §. 1.* & si un pere a eu l'administration des biens de son fils, ses biens deviennent tacitement hypothequez au reliqua du compte, encore qu'il n'ait point eu la qualité de Tuteur par authorité de Justice, & il suffit qu'il le soit naturellement. Les biens aussi de celuy qui épouse une veuve chargée d'une tutelle, sont aussi tacitement obligez au reliqua du compte, quoy qu'il n'ait point été nommé tuteur; *L. Matres. C. quando mul. tut. fun. pot. bona ejus primitus qui tutelam gerentis affectaverit nuptias in obligationem venire & teneri obnoxia rationibus parvulorum præcipimus, ne quid incuria ne quid fraude pereat.* Cela n'a lieu toutefois si la tutrice avant son second mariage a été déchargée de la tutelle, si elle a rendu son compte, *Authent. eisdem. C. de sec. nupt.*

Ce que le pupille doit faire pour conserver son hypotheque.

Pour conserver par le pupille cette hypotheque qu'il a sur les biens de son Tuteur du jour de son institution & non de sa mauvaise administration, il luy est necessaire suivant l'Article 75. du Réglement pour les Tutelles, de former la demande en compte dans les dix ans du jour de sa majorité; autrement il ne l'a plus que du jour qu'il aura poursuivy son Tuteur ou ses heritiers pour luy rendre compte: ce que la Cour a prudemment ordonné, non seulement pour éviter aux fraudes que

l'on commettoit souvent au préjudice des creanciers ; mais principalement en faveur des parens nominateurs, qui sont déchargez de la garantie de leur nomination, quand le pupille n'a fait aucune poursuite dans les dix ans de sa majorité ; car étant garands & responsables de la nomination qu'ils ont faite du Tuteur, il n'eût pas été raisonnable de les laisser si longtemps dans cette obligation, lors que le pupille negligeoit de demander son compte, le Tuteur pouvant dans cet intervalle devenir insolvable, & d'ailleurs les parens n'auroient plus aucune connoissance de ce qu'il auroit fait.

La même chose est ordonnée pour les Tuteurs par l'Article 76. du même Reglement ; ils n'ont plus hypotheque sur les biens de leurs pupilles pour les sommes qu'ils ont avancées pour eux, lors qu'ils ont laissé passer les dix ans, & qu'ils n'ont fait aucunes poursuites pour être payez, mais lors qu'un Tuteur a presenté son compte avant les dix ans, il a son hypotheque du jour de son institution. *Nam provocandi sunt tutores ut de suo impendant dum sciunt se recepturos quod impenderint l. 1. D. de cont. C. ut. tut. act.*

Le Tuteur doit faire la même chose.

En quoy nôtre usage est differend de celuy de Paris, où le Tuteur n'a hypotheque sur les biens de son pupille que du jour de la clôture de son compte & non du jour de son institution, étant certain en France, dit Tronçon sur l'Art. 103. de la Coûtume de Paris, que l'on ne garde point le Titre du Code. *de contr. Tut. actione.* Entre les questions proposées aux Mercuriales du Parlement de Paris, rapportées par Me Jean Ricard en ses Additions, au titre des Actions Personnelles, il demande si le Tuteur a hypotheque sur les biens de son mineur avant qu'il ait presenté son compte, & iceluy affirmé en Justice, s'il en a acte authentique aprés condamnation de rendre le compte ou de l'oüir, sinon du jour de la clôture ? & il fut répondu que les mineurs ont leur hypotheque du jour de la Tutelle, mais l'hypotheque contraire des Tuteurs sur les biens de leurs mineurs n'a lieu que du jour de la clôture du compte, & neanmoins que par un droit naturel il seroit juste qu'elle leur fût donnée du jour de la condamnation d'oüir leurs comptes, lors qu'ils ne sont pas en demeure de les faire examiner & clorre : Comme les mineurs ne peuvent contracter de dettes pendant qu'ils sont en Tutelle,

A Paris l'usage est contraire.

le Tuteur ne souffriroit pas de prejudice en luy donnant hypotheque du jour de la presentation de son compte, car étant en son pouvoir de le presenter aussi-tôt que la Tutelle est finie, il peut aisément conserver son hypotheque, qui luy est aussi avantageuse que si on la faisoit commencer du jour de son institution : Mais il est rigoureux de ne la luy donner que du jour de la clôture du compte, sur tout lors qu'elle a été retardée par les refuites du Pupille.

De la compromission entre le Tuteur & le Pupille.

Nous observons cependant en Normandie le Droit Civil pour tout ce qui regarde la tutelle, si le Tuteur ou le Pupille demandoient la peine portée par un compromis, ils n'auroient pas hypotheque du jour de la tutelle. Un Tuteur & un Pupille aprés sa majorité avoient compromis sous une peine de 1500 livres, que celuy des deux qui n'accepteroit pas le jugement des Arbitres seroit tenu de la payer: le Tuteur ayant appellé du jugement, les creanciers soûtinrent que le Pupille ne pouvoit avoir hypotheque sur les biens de son Tuteur que du jour du compromis, & non de celuy de la Tutelle, parce que ce compromis n'étoit pas un acte de la Tutelle, mais un acte separé, autrement un Tuteur pourroit frauder par cette voye tous ses creanciers; Ainsi jugé en la Chambre de l'Edit, pour Maître Jean le Telier Procureur en la Cour, contre Beuzelin.

Etant échû une succession aux enfans du Drap, dont le nommé Brebion étoit Tuteur principal; le Tuteur Consulaire qui connoissoit son insolvabilité le fit destituer. Brebion en ayant appellé devant le Bailly, il donna une caution, en consequence dequoy il continua la gestion de la Tutelle. Etant devenu insolvable, ses cautions payerent pour luy, & pour leur recompense, ils firent saisir réellement une Maison qui luy avoit appartenu, mais qu'il avoit venduë avant leur cautionnement; l'acquereur ayant appellé de la Sentence qui le deboutoit de son opposition, il soûtenoit que c'étoit une seconde Tutelle, puisqu'il auroit été destitué sans la caution qu'il avoit baillée, & que quand le fidejusseur avoit payé, il n'avoit point stipulé de subrogation, ce qu'il étoit obligé de faire, suivant la *L. 1. de his qui in prior. cred. loc. succ.* L'Intimé répondoit qu'il n'y avoit eu qu'une seule Tutelle, que la caution n'avoit été demandée que pour assurer la condition des mineurs, que n'y ayant point eu de

nomination nouvelle, la ſubrogation n'étoit point neceſſaire; & comme le Pupille auroit pû s'attaquer à l'acquereur, la caution avoit le même droit. Par Arreſt du quinziéme de Novembre 1640. la Sentence fut confirmée, plaidant Heroüet & Baudri.

Autre Arreſt en la Chambre de la Tournelle au rapport de Mr. Buſquet, du 17 Janvier 1681. entre Adrien & Pierre Laurence, appellans de Sentence renduë par le Vicomte de Roüen, le 2. Aouſt 1680. d'une part: & Demoiſelle Suſanne de Boncour, veuve d'Antoine le Roy, Ecuyer ſieur de la Foreſt, intimée. Le fait étoit que leſdits Laurence avoient été en la Tutelle de Jean Sullemont leur oncle: Adrien Laurence qui étoit l'aîné devint majeur le 24 Juillet 1664. & Pierre n'eut 20 ans accomplis que le 13 Aouſt 1670. mais dés le mois de Juin leur Tuteur avoit fait deux tranſactions avec eux, ſans neanmoins leur avoir baillé un compte, par leſquelles le Tuteur demeuroit redevable de 1750 l. à chacun deſdits freres, qu'ils confeſſoient avoir reçûës auparavant, & en conſequence de ces ſommes, ils déchargeoient leur Tuteur de toute l'adminiſtration qu'il avoit euë de leurs biens: En l'année 1671. le Tuteur emprunta du Sr de la Foreſt la ſomme de 3500 liv. dont il luy paſſa un Contrat devant les Notaires du Châtelet à Paris, & l'onze de Decembre 1674. ledit ſieur de la Foreſt fit condamner Sullemont à luy en payer l'intereſt. Il faut remarquer que cette condamnation étoit poſterieure de dix années cinq mois à la pourſuite d'Adrien Laurence: leſdits Adrien & Pierre Laurence ayant obtenu des Lettres de reſciſion contre les tranſactions qu'ils avoient paſſées avec leur Tuteur, elles furent enterinées, & leur Tuteur fut condamné à leur payer à chacun la ſomme de deux mille trois cens livres, outre les 1750 livres qu'ils avoient reconnu avoir reçûës. Les heritages de Sullemont ayant été ſaiſis réellement en 1678. le ſieur de la Foreſt s'oppoſa pour être payé de ſon obligation, & des intereſts qui en étoient échûs; mais leſdits Laurence ſoûtinrent qu'ils luy étoient preferables, leur hypotheque commençant du jour de leur Tutelle de l'année 1657. la Demoiſelle de Boncour, veuve du ſieur de la Foreſt répondoit que ſuivant le Reglement de la Cour du vingt-neuviéme Mars 1660. les mineurs devenus majeurs doivent intenter leur action pour la reddi-

tion de leur compte dans les dix ans du jour de leur majorité, & qu'à faute de le faire ils n'ont hypotheque que du jour de l'action qu'ils formeront aprés les dix ans de leur majorité, & par l'Art. 75. du Réglement pour les tutelles. *Si le mineur ne fait aucune poursuite dans les dix ans aprés sa majorité, il n'a hypotheque sur les biens de son Tuteur que du jour de l'action.* D'où elle concluoit que l'aîné desdits Laurence ayant atteint ses ans de majorité le 24 Juillet 1664. & n'ayant intenté son action que dix ans cinq mois aprés, ils avoient perdu leur ancienne hypotheque, & ne la pouvoient pretendre que du jour de l'action intentée.

Pierre Laurence soûtenoit au contraire, que n'étant devenu majeur qu'en l'année 1664. & ayant formé son action dés l'année 1674. il ne pouvoit avoir perdu son ancienne hypotheque.

Adrien Laurence representoit de son chef, que la transaction de l'année 1670. qui avoit été passée dans les dix ans de sa majorité luy tenoit lieu de l'action qu'il auroit intentée s'il n'avoit pas transigé; de sorte qu'on ne luy pouvoit objecter aucune negligence, & il n'étoit point dans le cas des Reglemens de la Cour, puis qu'il avoit fait une transaction sur son compte; mais y ayant été lezé, il s'en étoit fait restituer dans le temps de l'Ordonnance. Aprés tout, la Tutelle ne pouvoit être reputée entierement finie qu'aprés la majorité de tous les freres: Or Pierre Laurence n'étant devenu majeur qu'en l'année 1670. la Tutelle n'avoit finy que de ce jour là, & l'action sur les Lettres de rescision ayant commencé en l'année 1674. l'on ne peut dire qu'ils ayent perdu leur ancienne hypotheque. Le Vicomte avoit ordonné que la Demoiselle de Boncour seroit mise en ordre avant lesdits Laurence, par l'Arrest la Sentence fut cassée, & en réformant, lesdits Laurence furent jugez preferables.

Le Seigneur a hypotheque sur les biens de son Receveur du jour de la clôture du compte de sa Recepte.

Peut-on dire qu'à l'exemple du Tuteur, le Receveur d'un Seigneur hypotheque tous ses biens au reliqua du compte du jour qu'il entre en la recepte? par Arrest du 4 May 1618. entre Michel Inger & Jean le Bailleul appellans, & Me Adrien Behote intimé, l'hypotheque fut jugée non du jour que le Receveur étoit entré en la Recepte du Sieur d'Aquigny, mais du

jour qu'il étoit demeuré redevable, & qu'il s'étoit obligé au reliqua de compte.

Cét Arrest paroît contraire à la disposition du Droit, suivant lequel les Tuteurs & Curateurs affectent & hypothequent leurs biens du jour qu'ils entrent en l'administration de la Tutelle ou Curatelle : le mary qui a l'administration des biens de sa femme oblige tous ses biens *ex eo die quo res ad maritum pervenerint*; de même les Receveurs & Officiers comptables s'engagent du jour de leur recepte, de sorte qu'ils ne peuvent aliener par aprés leurs biens que *cum sua causa, C. rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienationem.* Mr Cujas explique ces paroles, *cum sua causa. i. cum causa pignoris contracti*, & par l'Authentique, *idem est in his, §. ult. C. de bonis quæ lib. initium gerendæ rei, vel deserendæ administrationis est spectandum, non tempus in quo aliquid malè gestum fuerit.* — Raisons contre cét Arrest.

Il me semble que pour regler l'hypotheque du Seigneur sur les biens de son Receveur, l'on doit considerer si son bail, sa commission ou sa procuration ont été reconnus; car en ce cas l'hypotheque doit commencer du jour de la reconnoissance du bail ou de la commission : mais s'ils ne sont que sous signature privée, le Seigneur ne peut avoir hypotheque que du jour qu'il a fait ses poursuites en Justice. — Que le Seigneur doit avoir hypotheque du jour de la reconnoissance du fait ou de la commission.

La Loy donne aussi à la femme pour sa dot une hypotheque tacite, tant sur les biens de son mary que sur les biens de celuy qui l'a promise, lors qu'elle n'a point été stipulée par le Contrat de mariage, *L. unica, §. & ut plenius. De rei ux. act. ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administrationibus rerum pupillarium tacitas hypothecas inesse accipimus, Neguzant.* & les autres Interpretes du Droit ont traité plusieurs questions touchant l'hypotheque & le privilege de la dot; mais comme en Normandie les femmes n'ont aucun privilege particulier, il seroit superflu de les examiner. — Hypotheque de la dot.

L'Eglise a pareillement une hypotheque tacite sur les biens du Prelat pour sa mauvaise administration, *Glos. in cap. ex lit. De pignor.* ce qui a lieu aussi pour les Hospitaux & autres lieux pieux, la Loy les considere comme des Tuteurs. *L. Orphanos. C. de Episc. & Cler.* Les Administrateurs des Communautez ont aussi cette hypotheque tacite, *L. simile & ibi Glos. D. ad* — L'Eglise a une hypotheque tacite sur les biens du Prelat.

Hypotheque tacite pour les amendes & interests.

Municip. Celuy qui commet un crime contracte une hypotheque tacite, tant pour les amendes que pour les interests : Je parleray dans la suite du temps où l'on doit faire commencer cette hypotheque.

L'on a agité cette question : Si le substitué a une hypotheque tacite sur les biens particuliers de l'heritier chargé de restitution, à cause des alienations ou degradations par luy faites dans les biens substituez, & de quel jour est cette hypotheque, si du jour de la mauvaise administration ou du jour de la condamnation ?

Cette question est doctement traitée dans la sixiéme partie du Journal du Palais, où l'Autheur rapporte un Arrest par lequel il a été jugé que le substitué avoit l'hypotheque du jour de la mauvaise administration.

Si les coheritiers qui n'ont stipulé aucune garantie ont une hypotheque tacite.

Si les coheritiers n'ont stipulé par leurs lots aucune garantie, pourront-ils avoir une hypotheque tacite pour la recompense des dettes qu'ils auroient acquitées, & dont leurs coheritiers étoient chargez, & s'ils pourront s'adresser hypothecairement sur les terres venduës par ces coheritiers, lors que les lots n'ont été faits que sous signature privée ? Car le tiers detenteur peut dire que les coheritiers n'ont aucune hypotheque ni conventionnelle, puisqu'ils n'ont point stipulé de garantie, ni tacite, puisque la Loy n'en introduit aucune en ce cas. Les coheritiers ont bien une action personnelle l'un contre l'autre ; mais quant à l'hypotheque, elle n'est point de l'essence ni de la nature de la chose, sur tout à l'égard d'un acquereur de bonne foy, *quia personalis actio non sequitur fundi possessorem, l. cum precibus, C. de rerum permutatione.*

L'on répond que comme la garantie est dûë, *ex natura rei* ; il y a pareillement hypotheque à l'effet de cette garantie, parce qu'autrement elle demeureroit inutile si elle n'avoit point de suite contre le tiers detenteur ; l'action personnelle étant suffisante contre le coheritier, & nous favorisons si fort le coheritier, que suivant la Jurisprudence certaine des Arrests, il n'est pas tenu de prendre la voye hypothecaire, & il peut se faire envoyer en possession d'un fonds pour se recompenser à proportion des sommes qu'il a payées pour son coheritier.

Cette

Cette question est traittée par Monsieur Loüet. *L. h. n. 2.* & par un Arrest qu'il a remarqué, le lot du coheritier fut déclaré hypothequé pour la garantie de l'autre, & l'action hypothecaire fut reçûë contre le tiers detenteur : Il est vray, comme cet Auteur l'a remarqué, qu'en l'espece de cet Arrest, les lots avoient été passez devant Notaires, & que si le partage avoit été fait sous seing privé il y auroit eu beaucoup de difficulté, & qu'une bonne partie des Juges prirent leur principal fondement sur la clause apposée au partage, qui étoit du stile des Notaires obligeans, &c. Maître Julien Brodeau ajoûte un autre Arrest, par lequel il a été jugé qu'il n'étoit point besoin de discussion.

Arrest pour l'affirmative.

Cette hypotheque tacite pour les partages entre coheritiers venant *ex natura rei*, il n'importe à mon avis que les partages soient passez devant Notaires, ou sous signature privée, car le partage étant veritable, puis que l'hypotheque tacite procede *ex natura rei*, & que la garantie est deuë, quoy qu'elle ne soit point stipulée ; il n'est pas necessaire que l'Acte en soit passé devant Notaires ; & il est assez notoire par la possession & la joüissance que chaque coheritier a euë de son partage : Et c'est pourquoy il me paroît raisonnable de donner hypotheque au coheritier, lors que les dettes de la succession commune étoient en bonne forme, quoy que les partages ne soient que sous signature privée. Car quand l'on n'auroit point d'égard au partage, le coheritier qui auroit aliené seroit toûjours obligé d'en payer sa part ou à proportion de ce qu'il prendroit en la succession : la difficulté ne resteroit donc que pour les autres parts dont il auroit été chargé par son lot ; mais comme en consideration de cette charge, son partage étoit de meilleure valeur, l'on ne pourroit refuser au coheritier qui demanderoit une garantie & une recompense, l'estimation du partage, Mais il ne seroit pas juste de charger un coheritier de tous ces frais, & à moins que l'acquereur n'allegât de la fraude & de la collusion entre les coheritiers, le coheritier doit avoir une hypotheque tacite sur son coheritier, soit que les lots ayent été passez devant Notaires ou qu'ils ne soient que sous signature privée, pourvû que les dettes qui ont été acquittées soient incontestables.

S'il est necessaire que les lots soient reconnus.

De l'hypotheque tacite du coheritier.

Le Maître de Navire a hypotheque tacite pour son fret.

Par les Loix maritimes, le Maître de Navire a pareillement pour son fret & pour les avaries, une hypotheque tacite sur les marchandises qu'il a dans son Vaisseau. *In jure Visbiensi, tit. 37. Statuta Hamburg. part. 2. t. 15. Art. 2. & Stracha de Naucler. part. 3. n. 29.* & non seulement il a une hypotheque tacite, mais même un privilege.

La question est plus difficile pour les Matelots qui ont servy au voyage, ceux qui leur donnent une hypotheque tacite & privilegiée se servent de l'exemple de ceux qui ont prêté leur argent pour le radoub du Navire & pour les victuailles, qui ont une hypotheque tacite & un privilege. *Quia eorum pecunia salvam fecit totius pignoris causam, l. interdum & seq. D. quib. mod. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Or comme le Vaisseau n'eût pû faire le voyage sans le ministere des Matelots, ils doivent avoir le même avantage.

Les Matelots ont hypotheque tacite sur le fret.

L'on oppose au contraire que le Droit Civil declare dans un titre exprés, tous les cas où l'hypotheque tacite peut être reçûë, & celle-cy n'y étant point comprise, les Matelots ne peuvent pretendre d'hypotheque tacite par la même raison, que les Charpentiers & les Serruriers n'ont pas une hypotheque tacite & privilegiée sur la maison bâtie du bois & du fer qu'ils ont fourny pour cet effet, Stracha en son Traité *de Nautis. part. 5. c. 7.* est de ce sentiment, quoy qu'il avouë que l'on pratique le contraire. Et cet usage est aprouvé par Rheinoldus Kurichius en son Commentaire sur le Droit Maritime des Villes Hanseatiques, ce que l'on observe aussi en France.

Hypotheque tacite du proprietaire sur les biens du locataire.

Le proprietaire acquiert une hypotheque tacite sur les biens de son locataire, qui se trouvent en sa maison, pour le payement de ses loyers, *l. certi juris, C. locato.*

Cette hypotheque tacite du proprietaire sur les biens des locataires, s'étend aussi sur ceux des sous-locataires, non pas pour le prix entier du bail, mais à proportion de l'occupation, *L. solutum, §. solutum, D. de pigner. act. non enim credibile est hoc convenisse ut ad universam pensionem insulæ frivola mea tenerentur.* Et c'est la disposition expresse de l'Article 162. de la Coûtume de Paris; Cela n'auroit lieu que pour les meubles du sous-locataire, car s'il étoit question des fruits d'une ferme, ils seroient tous tacitement obligez au proprietaire, *Si colonus locaverit*

fundum res posterioris conductoris domino non obligantur, sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum etsi primus colonus eos percepisset, l. 24. §. si colonus, D. locati.

Il est assez ordinaire que les fermiers mettent à pâturer sur leurs fermes des vaches & des moutons qui ne leur apartiennent pas, mais à des particuliers qui en tirent un profit, & ausquels ils en font des obligations ; mais lors que le proprietaire vient à saisir ces bestiaux, lors que ces cedules sont reconnuës, il se forme une contestation entre le maître de la ferme & ceux qui ont baillé ces bestiaux, pour sçavoir si ces bestiaux sont tacitement & privilégiement obligez aux fermages, ou si ceux qui les ont baillez à loyer en sont quittes en payant la nourriture & le pâturage ? Il arrive encore souvent qu'un fermier n'étant pas en pouvoir d'avoir autant de moutons qu'il en faudroit pour faire pâturer sur sa ferme, il s'accommode avec des Laboureurs voisins, s'associe avec eux pour mettre des moutons avec les siens & les heberger sur sa ferme, à condition d'en avoir les fumiers ; l'on doute encore en ce cas si le maître peut se faire payer par privilege sur ces moutons qui n'appartiennent point à son fermier ? Le Sieur Cabeüil ayant fait saisir les meubles & le troupeau de son fermier pour être payé de ses fermages, une partie de ces moutons fut reclamée par deux Laboureurs de la même Paroisse, pretendant qu'ils s'étoient associez avec ce fermier, pour ne faire qu'un troupeau, lequel pâtureroit sur leurs terres & hebergeroit dans la ferme dudit Cabeüil, ce qu'ils offroient justifier : Par Sentence du Haut-Justicier d'Enneval, il fut ordonné que les moutons seroient vendus, sans avoir égard à l'opposition ; ce qui fut fait en la presence de ces Laboureurs, qui n'appellerent qu'aprés la vente. Durand leur Avocat soûtenoit qu'il avoit été mal jugé, & il s'aidoit de l'exemple du sous-locataire dont les meubles ne pouvoient pas être vendus pour le loyer entier de la maison, mais seulement à proportion de l'occupation, & il vouloit prouver l'association que deux Laboureurs avoient faites avec le fermier de l'Intimé, que l'année precedente ils y avoient mis des moutons, & qu'aprés avoir été engraissez ils les avoient vendus & avoient mis en la place ceux que l'on avoit saisis, & qu'ils y avoient mis leur estampe. Berteaume pour Cabeüil intimé, répondoit que tout ce qu'il

Les meubles du sous-locataire ne peuvent être vendus qu'à proportion de l'occupation.

trouvoit sur sa ferme luy étoit affecté privilégiement, que c'étoit une jurisprudence certaine que l'on ne pouvoit mettre des bestiaux sur la ferme d'un proprietaire que par son congé, & quelque promesse ou cedule que l'on en eût par écrit, parce qu'autrement il seroit aisé de frauder les proprietaires, un fermier mettroit tous ses bestiaux sous le nom d'autruy, & quoy qu'ils fussent nourris & élevez sur ses terres, il les verroit enlever par d'autres, & se verroit frustré de ses fermages, par cette fraude & par cette collusion; par Arrest en la Grand' Chambre du troisiéme Juin 1683. la Sentence fut confirmée.

Arrest pour les bestiaux pâturans sur la ferme d'autruy.

Que si le Locataire donnoit gratuitement à quelqu'un son habitation, le proprietaire n'auroit pas d'action contre luy, & ne pourroit saisir ses meubles, *Barthol. in dictum §. solutum.* Il pourroit bien toutefois l'obliger à reparer les dommages qu'il auroit commis, *Neguzant. de pign. & hypoth. c. 4. memb. 2. part. 11. c. 37.*

L'hypotheque tacite, *in bona invecta & illata*, ne s'exerce pas seulement pour les loyers, mais aussi pour les deteriorations & dommages commis par le Locataire, *l. 2. in quib. Cau. pign. tac. cont. l. item quia, sed de pactis*, ce que l'on a étendu aux Bourgeois & proprietaires d'un Navire, *navis enim æquiparatur urbano prædio, Merlin. l. 2. t. 2. q. 67. n. 39.*

Suivant la disposition du Droit Romain, l'hypotheque tacite sur les meubles du Locataire, n'étoit donnée que, *in urbanis prædiis, sed non in rusticis*, lesquels n'étoient tacitement obligez au proprietaire, s'il n'y en avoit une convention expresse. *l. eo jure utimur, l. Pompon. D. in quib. cau. pig. vel. hyp. tac. contrahitur. l. certi. C. Locato. certi juris est ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint pignoris jura dominorum prædiis teneri*, & suivant l'explication de Mr Cujas sur cette Loy *Pomponius*, par ces paroles *voluntate domini specialis conventii significatur.*

Le President Faber, *de Error. pragmat. Decade 60. error. 7. 8. & 9.* a accusé d'erreur les Interpretes du Droit, & les Praticiens qui ont été d'un sentiment contraire, & il soûtient que pour acquerir cette hypotheque tacite, il faut une convention expresse, *Nec sufficit scientia Domini ad obligandas res coloni in prædium rusticum illatas, sed etiam voluntas exigitur.* On rapporte trois rai-

ſons de cette difference, *inter prædia urbana & ruſtica*; que *in prædiis nata pro mercede obligantur, l. Servus, §. Locavi, D. de furt.* Ce ſont les fruits & les revenus produits par les heritages qui ſont tacitement & privilegiement obligez pour les fermages. *In urbanis verò*, ce ſont les meubles : la ſeconde raiſon de difference eſt que l'on ne porte ordinairement que les choſes neceſſaires pour la culture des heritages qui ne peuvent être hypothequez que difficilement, *L. pignorum, §. cum Authentica, ſeq. C. quæ res oblig. poſſ.* Le Preſident Faber rejette ces deux raiſons, & il en donne une autre, à ſçavoir que le proprietaire eſt ſuffiſamment aſſuré par l'hypotheque tacite & privilegiée ſur les fruits & levées qui ſont naturellement obligées, & ſans qu'il ſoit beſoin d'aucune convention, *l. in prædiis. 7. in quib. cau. pign. vel. hypoth. tac. contr. D.* Mais celuy qui fait bail d'une maiſon, ne pouvant être aſſuré du payement de ſes loyers que ſur les meubles qu'il trouve en ſa maiſon, il eſt raiſonnable de luy donner une hypotheque tacite & privilegiée ſur iceux.

Fruits & revenus des heritages tacitement obligez aux fermages.

Meubles obligez aux loyers.

En France l'on ne fait aucune difference entre les biens des Fermiers & des Locataires : Tout ce que le proprietaire trouve ſur ſes terres & dans ſa maiſon luy eſt tacitement obligé, chevaux & beſtiaux, charuës, & tous les uſtenſiles du ménage de quelque nature qu'ils ſoient, & nous ne faiſons point auſſi de diſtinction entre les fruits naturels & induſtriels, & auſſi cette diſtinction du Droit Romain, *inter urbana & ruſtica prædia* me paroiſt inutile & de peu d'effet ; car les maiſons & ménageries de la campagne étant miſes *inter urbana prædia*, il ne reſte gueres que les fruits qu'il faille compter *inter prædia ruſtica*, & ſur leſquels toutefois le Proprietaire à une hypotheque. Il eſt vray que dans la *l. 4. ʒ. ſtabula, D. & quib. cau. pig. tac. cont.* l'on doute *an ſtabula quæ non ſunt in continentibus ædificiis quorum prædiorum numero habenda ſint*, & le Juriſconſulte répond que *urbanorum ſine dubio non ſunt, cum à cæteris ædificiis ſeparata ſunt.* Mais il ajoûte en même temps que *quo ad cauſam taciti pignoris pertinet non multum ab urbanis prædiis differunt.* Ainſi de quelque qualité que l'on repute les étables & les écuries qui ſont ſeparées des autres bâtimens, le Proprietaire a toûjours une hypotheque tacite ſur tout ce qui ſe trouve en ces lieux-là.

Le Proprietaire saisit les meubles du Fermier abandonnant la ferme.

Si le Fermier abandonnoit la ferme auparavant l'expiration de son bail, le Proprietaire en ce cas ne seroit pas tenu d'attendre la fin du bail pour saisir les meubles de son Fermier, mais il pourroit se faire payer de tout le prix de son bail, *statim ac colonus deseruerit habitationem vel fundi culturam, l. 24. §. domus. D. locati.*

L'hypotéque conventionnelle oblige les meubles en quelque qu'ils soient.

Il faut remarquer que cette hypotheque tacite sur les meubles du locataire, ne subsiste & n'a son effet que durant qu'ils sont sur le lieu ; car si le Locataire les a retirez, le privilege de l'hypotheque cesse, quoy que les meubles appartiennent encore à ce Locataire: & c'est pourquoy le Jurisconsulte en la *L. Est differentia, D. in quib. cau. pign. vel hypoth. tac. Cont.* dit que *est differentia obligatorum propter pensionem & eorum quæ ex conventione manifestarii pignoris tenentur*, le privilege du proprietaire sur les meubles du locataire ne dure que tandis qu'ils sont en sa maison; mais l'hypotheque conventionnelle subsiste durant tout le temps que les meubles sont en la saisine & en la possession du debiteur en quelque lieu qu'ils soient.

Les legataires ont une hypotheque tacite sur les biens du testateur.

Enfin les legataires ont une hypotheque tacite pour le payement de leurs legs sur les biens du Testateur, *l. 1. C. comm. de leg.* mais c'est une question douteuse, si la Loy donne aussi cette hypotheque tacite sur les biens particuliers de l'heritier chargé de restitutions. Voyez le Journal du Palais, p. 6.

Il y a une autre espece d'hypotheque qui procede des Sentences & jugemens. Il est vray que les Romains ne leur donnoient aucune hypotheque qu'aprés l'execution d'icelles, tit. *Si in causa judicati Pignus captum sit ; C. si non est minor. D. de Pign. act.* Il falloit donc que celuy qui avoit obtenu quelque condamnation la fist executer promptement : Mais en France leur force & leur autorité n'est pas moindre que celle des contrats passez devant Notaires ; C'est pourquoy par l'Article 53. de l'Ordonnance de Moulins, l'hypotheque est acquise sur les biens du condamné du jour de la condamnation.

Cela est sans difficulté lors qu'il n'y a point d'appel, mais si dans l'intervalle de la Sentence & de l'Arrest qui la confirme, il y a des creanciers intermediats l'hypotheque sera-t'elle reglée du jour de la Sentence ou du jour de l'Arrest qui l'a confirmée? L'on dit pour les creanciers intermediats qu'*appellatio extinguit judicatum*, que le droit n'est acquis que du jour de l'Arrest

qui confirme, qui ne peut avoir un effet retroactif au préjudice d'un tiers à qui le droit est assûré, ce que l'on prouve par argument de la *L. furti, D. de his qui not. inf.* Mais il est plus équitable que l'hypotheque soit reglée du jour de la Sentence lors qu'elle a été confirmée, parce qu'il ne seroit pas juste que la chicane de celuy qui a esté condamné fist tort à son creancier. La Coûtume de Normandie a prévû cette difficulté, & l'a fait cesser dans l'Article 595. par lequel l'hypotheque pour dépens & condamnations jugées par Sentence commence du jour de l'introduction du procez.

L'hypotheque pour dépens commence du jour du procez.

Voila les diverses especes d'hypotheques qui sont en usage parmy nous, & pour juger de leur force & de leur effet l'on a établi certains principes. Le premier dont j'ay déja parlé, est que l'hypotheque emporte de soy un droit réel & un droit de suite sur le fonds hypothequé *jus reale quod fundum sequitur adversus quemcumque possessorem, l. eos. C. qui pot. in Pign. l. si fundus. §. in vend. D. de Pign.*

Le second est que l'hypotheque ne peut subsister si la substance de l'obligation principale ne demeure & ne subsiste, de sorte que pour donner effet à l'hypotheque, elle doit être contractée sur une chose qui tombe en commerce, *Nam cujus rei commercium non est nec etiam Pignus, vel hypotheca consistit.* Si donc l'alienation de la chose n'est point permise l'hypotheque stipulée sur icelle est inutile; mais tout ce qui peut être vendu & acheté peut être hypothequé, *L. sed & quod. D. de Pign.*

Tout ce qui peut estre vendu & achetté peut estre hypothequé.

C'est une troisiéme regle que nous ne pouvons constituer une hypotheque que sur ce qui nous apartient, *quod non est in bonis debitoris simpliciter, & absolutè, sed cum conditione & causa non transit in obligationem nisi cum conditione, & causa sua.* L'hypotheque sur un usufruit, ou sur une Emphyteose ne dure qu'autant que l'usufruit & l'Emphyteose subsiste, & c'est une difference specifique entre la vente & l'hypotheque, l'on peut vendre le bien d'autruy; mais l'on ne peut l'hypothequer, *l. rem alienam, D. de contr. empt.* Car il est de l'essence de l'hypotheque qu'elle imprime un droit réel en la chose hypothequée, ce qui ne se peut faire par celuy qui n'a rien à la chose.

Quand & par qui la chose peut estre hypothequée.

En quatriéme lieu l'hypotheque étant une fois valablement

contractée, elle affecte tellement le fonds que le debiteur ne le peut plus engager au prejudice du premier creancier hypothecaire.

La cinquiéme regle est qu'entre les creanciers purement hypothecaires le plus ancien est toûjours preferé.

Enfin c'est une regle que l'hypotheque a son effet non seulement pour le principal, mais aussi pour les interests legitimes s'ils ont été stipulez par le contrat, *L. Lucius. D. qui pot. in Pign.* & même quoy qu'ils n'ayent pas été stipulez, si toutefois ils en ont dû le gage n'est point liberé qu'en payant le principal & les interests. *l. solu. rura. 11. §. si in sortem. D. de Pign. act.* Et par la Jurisprudence du Parlement de Paris, l'hypotheque pour les dommages, interests & dépens adjugez au creancier en execution de son contrat court du jour de la datte d'iceluy; mais par l'Article dernier du titre des Decrets de la Coûtume de Normandie, les executoires de dépens n'ont hypotheque que du jour de l'introduction du procez & non du jour du contrat. Il faut encore observer que l'hypotheque tacite comme l'hypotheque expresse a son effet du jour qu'elle est donnée par la Loy lors qu'elle est pure & simple; Mais les Interpretes du Droit ne sont pas d'accord sur cette question, sçavoir si lors que l'hypotheque tacite est conditionnelle, on doit luy donner origine du jour qu'elle est donnée par la Loy, ou si elle commencera seulement du jour de l'évenement de la condition. La plus commune opinion est qu'encore que l'action n'en puisse être intentée avant que la condition soit accomplie, *l. grege. §. 5. D. de pign.* neanmoins *purificata conditione*, elle a un effet retroactif *sub conditione tuendum creditorem adversus eum cui postea quicquam deberi cœperit, modo ea conditio sit quæ invito debitore impleri non posit. l. qui balneum. §. 1. D. qui pot. in pign.* Ce qui a lieu non seulement pour le principal, mais aussi pour les interests, par cette raison que *potior in sorte posterior est in usuris*, & que les interests étant un accessoire au principal, ils ont le même privilege, *nam privilegium principalis obligationis trahitur ad accessorium*, n'y ayant aucune difference en ce regard entre l'hypotheque principale & l'hypotheque tacite, *Neguz. in prim. memb. 4. part. 14. & seq.*

Les interests sont un accessoire du principal.

Il y a plus de difficulté pour les legs conditionnels: Il est certain

certain que la Loy donne au Legataire un hypotheque tacite sur les biens du donateur, *l.* 1. §. *cum enim. C. comm. de leg. cum enim testatiori liceat hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, non abs re est etiam hypothecariam daré actionem, quæ etiam possit nullo verbo præcedente ab ipsa lege induci*, & cette hypotheque tacite pour les legs qui sont purs & sans condition prend son origine du jour du decez du testateur : mais la difficulté consiste à sçavoir si la condition étant accomplie, cette hypotheque a un effet retroactif au temps du decez du testateur, ou si elle commence seulement du jour de l'évenement de cette condition, *An purificata conditione legati & hypotheca tacita à lege inducta retrotrahatur ad tempus mortis quo inducta fuit; an verò attendatur tempus existentis conditionis*, mais presque tous les Docteurs conviennent que l'on considere le temps que la condition existe. *Neguzant. primo memb. 4. part. n. 19. & seq.*

CHAPITRE VII.

Du Gage Pretorien & judiciaire.

IL n'est pas necessaire d'expliquer ce que le Droit Romain appelle *Gage pretorien & judiciaire*, puisque toute cette Jurisprudence n'est plus en usage, & qu'aujourd'huy le Gage judiciaire comprend le Pretorien, le Juge faisant en France ce que faisoit le Preteur, il suffit d'avoir remarqué de quel jour les Jugemens & les Sentences portent hypotheque.



CHAPITRE VIII.

De l'ordre des Hypotheques.

UNe même chose pouvant être hypothequée à diverses personnes, en divers temps, en diverses manieres, & pour des causes differentes, dans le concours de plusieurs creanciers, il faut sçavoir de quelle maniere l'on doit regler leur collocation, & leur preference.

Le plus ancien creancier est le premier en ordre.

C'est veritablement une regle premiere, & principale, que le plus ancien creancier doit être mis le premier en ordre ; *Qui prior est tempore, potior est jure, l. generaliter, D. qui pot. in pign. hab.* Et c'est un ancien Proverbe en nôtre Droit François *que les premiers vont devant*, Loisel en ses Instit. liv. 3. t. 7. Art. 10.

Cependant la prerogative du temps ne suffit pas toûjours pour obtenir la preference, l'on considere quelquefois la nature des biens hypothequez, il faut que l'hypotheque soit pleinement acquise & irrevocable, il faut encore d'autre part que le contrat en vertu duquel l'on pretend la priorité soit parfait en sa forme, que l'hypotheque ait été valablement stipulée, & enfin la cause de l'obligation peut être si privilegiée qu'elle l'emporte sur la priorité du temps : Il est necessaire d'expliquer particulierement toutes ces matieres.



CHAPITRE IX.

De l'Hypotheque sur les meubles.

NOus avons deux especes de biens, les meubles & les immeubles, & quoy que les uns & les autres soient susceptibles d'hypotheque, neanmoins quand il s'agit de leur discussion, l'on ne suit pas toûjours les mêmes principes. Par les Loix Romaines l'on n'y faisoit point de distinction, & le premier creancier étoit preferé sur les meubles, comme sur les immeubles, *L. cum tabernam. 34. de pign. & hypoth.* Ce qui se pratiquoit non seulement lorsque le gage mobiliaire se trouvoit encore entre les mains de l'obligé, mais aussi lors qu'il en avoit disposé, *Pignus etiam nuda conventione constitutum sine consensu creditoris à debitore alienari non poterat. l. non solum, §. si rem, D. de usucap.* Les Jurisconsultes Romains se fondoient sur cette raison, que *Rei cujusve alienatio cum sua causa alienari intelligitur. l. alienatio, D. de contrah. empt. l. debitorem de pign. D. l. res pignori, C. de remiss. pign.* Au contraire par la Coûtume de Paris & par plusieurs autres, c'est une maxime receuë qu'*en meubles le premier saisissant & arrétant entre les creanciers est preferable, comme n'ayant suite par hypotheque.*

Deux sortes de biens, les meubles & les immeubles & l'hypotheque en est differente.

En Normandie nous suivons une Jurisprudence moyenne entre le Droit Romain & la Coûtume de Paris, le meuble qui n'est plus en la saisine de l'obligé & dont il a disposé sans fraude n'a point suite par hypotheque, comme il avoit par les Loix Romaines ; mais lorsqu'il est saisi sur le debiteur l'ordre des hypotheques est conservé, & le premier saisissant a seulement les dépens de ses diligences avant les creanciers qui sont plus anciens que luy, Art. 593. de la Coûtume de Normandie, ce qui est contraire à la Coûtume de Paris, & nôtre usage est plus raisonnable ; car puis que les meubles sont susceptibles d'hypotheques, on doit conserver l'effet de l'hypotheque en toute son étenduë, & donner la preference au plus ancien creancier,

En Normandie meuble n'a point de suite par hypotheque s'il n'est saisi sur le debiteur.

& sans faire entrer en contribution avec luy ceux qui luy sont posterieurs. Nous ne distinguons point aussi le cas de simple execution d'avec le cas de deconfiture.

Ce que c'est à Paris que le cas de *simple execution* & le cas de *deconfiture.*

On appelle à Paris le cas de *simple execution*, lors qu'il reste à l'éxecuté d'autres biens que ceux qui ont été executez ; & le cas de *deconfiture*, lors que le debiteur est ruiné, deconfit, & rendu insolvable, ce que l'Auteur de la Somme Rurale appelle *contribution*, lors, dit-il, que *le valant de la personne ne suffit pour satisfaire ses creantiers*, ou comme parle la Coûtume de Paris, Art. 180. *Quand les meubles & immeubles ne suffisent aux creanciers aparens.*

Le debiteur saisi du gage est preferable à tous creanciers.

Mais si le creancier a esté saisi du gage par son debiteur, il est preferable sur le prix d'iceluy, à tous les autres creanciers, sur quelques privileges que leurs dettes puissent être fondées, en ce cas *potior est causa possidentis* ; l'Article 181. de la Coûtume de Paris le dit expressément en ces termes, *& n'a lieu la contribution quand le creancier se trouve saisi du meuble qui luy a esté baillé en gage.* La raison est que la cause du possesseur est toûjours preferable à celle de celuy qui ne possede pas, & que par la constitution & la saisine du gage il acquiert *jus in rem*, qu'il ne peut perdre sans son fait & son consentement : on a jugé le contraire au Parlement de Tholose, Cambolas l. 4. c. 4. & l'on se fonda sur cette raison que le gage demeure toûjours *in dominio debitoris*, ce qui est si veritable que la perte du gage tombe sur luy ; mais cette raison n'est pas bonne, car le meuble n'ayant point de suite par hypotheque, la tradition que le debiteur en fait à son creancier avant qu'il ait été saisi sur luy opere & produit cet effet, que ce gage ne peut être ôté ou vendu qu'il ne soit payé sur le prix d'iceluy preférablement à tous autres creanciers. *Possessor enim melior est*, dit la Loy, *si non Dominus. 14. D. qui pot. in pig.* & l. *si debitor 10. D. de pig.* C'est aussi le sentiment de Mornac sur cette Loy, *si non Dominus.* & de Chopin sur la Coût. de Par. l. 3. t. 2. n. 18. Boniface raporte un Arrest du Parlement de Paris qui l'a jugé de la sorte, to. 2. l. 4. t. 3. c. 1.

Le creancier qui prend des meubles en payement

Le creancier qui de bonne foy & sans fraude a pris des meubles en payement avant qu'il en eût été fait aucune saisie, ne peut point être recherché par les creanciers antérieurs : Ce

qui est expressément decidé en la Loi *quid autem. §. sciendum D. qua in fraud. cred.* en ces termes. *Sciendum Julianum scripsisse, & que jure nos uti ut qui debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque non esse solvendo recipiat, non timere hoc Edictum, sibi enim vigilavit.*

avant la saisie, ne peut être recherché.

Il ne faut pas neanmoins que ces meubles, marchandises, ou effets eussent été saisis, ou que le debiteur eût fait banqueroute, ou qu'il fût à la veille & dans le dessein & la premeditation de la faire; Car en ce cas tout doit être raporté à la masse, suivant la decision de cette même loy, *qui vero post bona possessa debitum suum recepit hunc in portionem vocandum exæquandumque cæteris creditoribus, neque enim debuit præcipere cæteris post bona possessa cum jam par conditio omnium creditorum facta esset. & l. pupillus 24. eod.* Dés le moment qu'un debiteur se reconnoît dans l'impuissance d'acquitter ses dettes, & qu'il premedite sa fuite & sa banqueroute, il est censé banqueroutier, sans pouvoir dispo-ser de ses effets en faveur de quelques-uns de ses creanciers au préjudice des autres; Si toutefois un creancier avoit reçû le payement de sa dette lors qu'il n'y avoit encore aucun soupçon de banqueroute, & qu'au contraire le debiteur paroissoit encore sur la Bourse, il ne pourroit être recherché par les autres creanciers: Ce qui fut jugé de la sorte pour un Marchand pour lequel je plaidois; il avoit été payé le soir precedent de la faillite, mais le lendemain matin le Marchand avoit encore paru sur la Bourse, & il ne s'étoit absenté que l'aprés midy, voyez Mornac sur la *l. fin. C. depositi.* Charond. en ses Resp. l. 5. resp. 55. Bonif. t. 2. l. 4. t. 3. c. 2.

Des Banqueroutiers qui payent avant leur banqueroute.

Ainsi, quoy que toutes sortes de biens soient susceptibles d'hypotheques, ils n'ont pas tous neanmoins suite par hypotheque. Nous avons retranché les inconveniens que le Droit Romain faisoit naître, en donnant suite par hypotheque sur les meubles que le debiteur avoit vendus; car il étoit rigoureux que les meubles changeant souvent de main, l'on pût toûjours être poursuivy par les creanciers de celuy de qui on les auroit eus, ce qui privoit un debiteur de disposer de cinq sols de meubles: & nous avons conservé le droit des anciens creanciers en ne favorisant point la diligence & la prevention du premier saisissant, qui leur est ôté par la Coûtume de Paris. La Coût.

Les biens susceptibles d'hypotheques n'ont pas tous suite par hypotheque.

d'Anjou, Article 421. & celle du Maine, Article 436. sont conformes à la nôtre. Chopin sur la Coûtume d'Anjou, *lib. 3. t. ult. n. 20. Si prehensa publicè ab uno creditorum mobilia veneant, cæteri ante hanc venditionem publicam, vel etiam ante octiduum redemptioni venditorum more Andegavo datum intercedere possunt, ut saisienti creditori præferantur hypothecarii priores, vel in contributionem veniant Chirographarii omnes.* Nous n'admettons point aussi la deconfiture en Normandie, les creanciers sont colloquez sur les meubles selon l'ordre de leurs hypotheques, & ne viennent point en contribution au sol la livre; mais la concurrence peut estre reçûë entre les creanciers également privilegiez, ou entre les hypothecaires qui concurrent en même cause & en même datte, ou entre les creanciers chirographaires qui viennent tous en contribution.

La decõfiture n'a lieu en Normandie, & les creanciers sont colloquez sur les meubles selon l'ordre de leurs hypotheques.

Puisque suivant l'article 593. de la Coûtume l'ordre des hypotheques est conservé en la discussion des deniers provenans de la vente des meubles & qu'*in pignore judiciali non est melior conditio occupantis.* Il s'ensuit aussi que les dettes privilegiées sont preferables à celles qui ne le sont point.

Les dettes privilegiées sont preferables à celles qui ne le sont point.

Entre les dettes privilegiées sont les frais qui se font pour le Scelé, confection d'inventaire, vente des meubles, vacations de justice, & tout ce qui s'est fait pour la conservation de la chose, & pour la cause commune de tous les creanciers.

Quelles dettes sont privilegiées.

En second lieu les frais funeraux, les salaires des Medecins, Chirurgiens & Apoticaires qui ont traité le malade dans la maladie dont il est decedé & toutes ces personnes ont un privilege égal; mais l'on a douté si ce privilege s'étend seulement sur les meubles, ou si l'on peut s'en prevaloir sur les immeubles: Le Commentateur de Monsieur Loüet L. C. n. 29. raporte plusieurs Arrests par lesquels le privilege a été jugé sur les immeubles, & Berault en cite un sur l'Art. 593. par lequel un Drapier fut payé sur la premiere année du revenu du défunt. Ce privilege toutefois est restraint aux drogues & medicamens fournis pendant la derniere maladie, & non pour les precedentes, quoy qu'il y eust des parties arrestées, ou cedule, ou obligation.

Le Proprietaire est ensuite preferé pour les loyers de la maison que le defunt occupoit. *Et hoc jus antiquissimum est in Gallia; Molin. ad Artic. 158. Consuet. Blesensis.* Et le privilege a toû-

Proprietaire d'une maison est preferé pour les loyers.

jours lieu indiſtinctement contre toutes ſortes de perſonnes, & même lors que l'on n'oſoit contraindre les Eccleſiaſtiques en leurs meubles, le Proprietaire pouvoit les faire vendre pour les loyers qui luy étoient dûs, comme étant réputé nanti des choſes qu'il trouvoit en ſa maiſon. Ce qui n'a pas lieu pour les loyers ſeulement, mais auſſi pour tout ce qui peut eſtre demandé en conſequence du bail, comme les deteriorations & reparations.

Deteriorations & reparations privilegiées.

Me Joſias Berault en ſon Commentaire ſur l'Article 395. de la Coûtume de Normandie cite un Arreſt par lequel il fut jugé que le Proprietaire ſeroit payé de ſes loyers ſur les meubles trouvez en ſa maiſon avant la veuve qui prétendoit être preferée pour ſes parafernaux. Cette même queſtion s'offrit en la même Chambre des Enqueſtes au raport de Monſieur de Roüen de Bermonville, & quoy que pluſieurs fuſſent de ce ſentiment que la veuve étoit preferable, neanmoins l'on jugea conformément à l'Arreſt raporté par Berault, par Arreſt du mois de Mars 1681.

Ce privilege du proprietaire ne dure & ne ſe conſerve que quand les meubles ſe trouvent encore dans la maiſon & ſur la ferme, car le locataire n'eſt pas interdit de les vendre & d'en diſpoſer, & celuy qui les auroit achetez de bonne foy ne ſeroit pas obligé de les rétablir, auſſi par l'article 181. de la Coûtume de Paris, le creancier qui ſe trouve ſaiſi du meuble qui luy a été baillé en gage ne vient point en contribution : Que ſi le Locataire avoit transporté ſes meubles dans une autre maiſon, ou ſur une autre ferme ſon privilege auroit-il ceſſé ? & ce ſecond proprietaire luy ſeroit-il preferé ?

Le privilege du Proprietaire ne ſe conſerve que ſur les meubles trouvez en la maiſon & ſur la ferme.

L'on doit conſiderer de quelle maniere les meubles ont été tranſportez : Car ſi le locataire ou fermier les avoit enlevez furtivement & à l'inſçû du proprietaire, & que lors que le proprietaire en auroit eu connoiſſance, il les euſt reclamez & qu'il ſe fuſt plaint de cét enlevement, on ne luy en pourroit empêcher la reſtitution, ou la preference ſur le prix d'iceux.

Si le privilege ceſſe lors que le Locataire les a tranſportez dans une autre maiſon.

Si au contraire le proprietaire avoit ſouffert ſans ſe plaindre ce tranſport de meubles quoy qu'il ne l'euſt pas ignoré, ou n'euſt pas fait de diligences pour s'en reſſaiſir, ſon ſilence fe-

roit presumer qu'il auroit renoncé à son privilege.

Si les fruits de deux fermes sont engrangez sur une seule ferme, quel avantage a le proprietaire des maisons.

Comme un fermier peut joüir de deux fermes appartenantes à deux divers particuliers, s'il engrange confusément dans un même lieu tous les fruits des deux fermes, le proprietaire du lieu où les fruits & levées ont été serrées aura-t'il pour tous ses fermages la preference sur l'autre proprietaire? Cela ne seroit pas raisonnable : car quoy que par la confusion & le mélange que le fermier a fait de tout le provenu des deux fermes il soit impossible de separer les fruits, comme l'on peut sçavoir à peu prés le nombre & la quantité des fruits que l'on a recueillis, chaque proprietaire en doit avoir à proportion de ce qui luy est dû, & tout l'avantage que doit obtenir celuy qui est saisi est d'être payé en privilege des loyers qui pourroient être dûs pour l'occupation des greniers, des granges & des autres bâtimens où les fruits auroient été engrangez & serrez.

Si un fermier prenoit à loyer une grange hors sa ferme, le proprietaire ne perdroit point son privilege, & le Maître de la grange ne pourroit avoir à son prejudice que les loyers d'icelle.

Celuy qui baille à fieffe ou à bail emphyteotique a pareil privilege que le proprietaire du fonds, suivant l'Arrest raporté par Baquet des Droits de Justice, n. 292. & suivans.

S'il est necessaire que le bail ait été reconnu.

Mais est-il necessaire que le proprietaire ait un bail en bonne forme? Il suffit pour acquerir le privilege que l'occupation soit constante, & neanmoins pour en venir à l'execution, il faut que le bail soit rendu autentique, ou bien obtenir un mandement du Juge, portant permission de saisir.

Frais funeraux preferables aux loyers.

Puis que j'ay mis les frais funeraux avant le droit du proprietaire, l'on peut conclure de là que le privilege en est plus fort & plus puissant que celuy des loyers : par la *l. Si quis*, §. *si colonus*, & par la *l. sunt personæ, D. de Relig. & sumpt. fun.* la preference est donnée aux frais funeraux, *Si colonus, aut inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur ex invectis & illatis eum funerandum esse, & si quid superfluum remansit, pro pensione debita teneri*: Papinien en rend cette belle raison, que *Funeris impensa omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sunt propter publicam utilitatem in memoriam humanæ conditionis, ne insepulta jaceant cadavera*: neanmoins par Arrest du Parlement de Paris remarqué

par

par Goujet en son Traité des Criées, p. 2. c. 3. le proprietaire fut jugé preferable à un Marchand pour les habits de deüil & frais des obseques & des funerailles, ce qu'il y avoit de particulier en l'Arrest, c'est que le proprietaire avoit prevenu & fait saisir les meubles étant en sa maison, ce qui pouvoit le rendre preferable suivant l'usage de Paris.

Mais l'on doit à mon avis faire difference entre les frais des obseques, & les habits de deüil: Ceux-ci n'ont pas la même faveur, & l'heritier est tenu de faire le deüil à ses frais & non pas aux dépens du proprietaire; mais pour les frais des obseques ils l'emportent sur tout autre privilege.

Le Maître d'une Hôtellerie pour la dépense faite en sa maison par un passant, a privilege sur les meubles qu'il luy a laissez.

L'on a douté si le Masson pouvoit avoir privilege sur les loyers de la maison qu'il avoit bâtie, on luy objectoit qu'il n'avoit droit de preference que sur le corps de la maison qu'il avoit bâtie & non sur les loyers comme étant meubles, sur lesquels il n'y a régulierement suite par execution ny par hypotheque; Il fut jugé neanmoins par Arrest du Parlement du 23 Juillet 1592. que son privilege s'étend aussi sur les loyers, dautant que sans son travail & sans ses Materiaux il n'y auroit point de maison, & par consequent point de loyers à recevoir, la question étoit entre l'Apothicaire & le Masson; l'on se fonda sur ce que l'Apothicaire n'a qu'un privilege sur la personne, & le Masson sur la chose pour laquelle les loyers sont dûs.

Si le Masson a privilege sur les loyers de la maison qu'il a bâtie.

Par l'Article 519. de la Coûtume de Normandie, les Navires sont reputez meubles lors qu'ils n'ont point été saisis; & par cette raison ils n'ont point suite par hypotheque si le proprietaire en a disposé avant la saisie, & par l'Ordonnance de l'année 1681. touchant la Marine, tit. de la saisie & vente des vaisseaux, art. 1. tous privileges & hypotheques sont purgez par le decret qui est fait en la forme prescrite; par cette Ordonnance & par l'Article 14. du même titre, les oppositions pour deniers ne peuvent être reçûës trois jours aprés l'adjudication, & par l'article suivant s'il y a eu opposition les opposans sont tenus trois jours aprés la sommation qui leur en sera faite de donner leurs causes d'opposition.

De la suite par hypotheque sur les Vaisseaux.

Pour la suite par hypotheque sur les vaisseaux par l'Art. 2.

tit. 1. de la même Ordonnance, tous Vaisseaux demeurent affectez aux dettes du vendeur jusques à ce qu'ils ayent fait un voyage en mer sous le nom & aux risques du nouvel acquereur, si ce n'est qu'ils ayent été vendus par decret ; & par l'article suivant la vente d'un Vaisseau étant en voyage, ou faite sous seing privé, ne peut préjudicier aux dettes du vendeur, ainsi quoy que les Navires & Vaisseaux soient meubles avant la saisie ; neanmoins l'hypotheque ne s'en perd pas si facilement, & l'on a plus de suite sur iceux que sur les autres meubles, puis que la vente qui s'en fait lors qu'ils sont en voyage ne fait point prejudice aux creanciers du vendeur, suivant l'Ordonnance de 1681. touchant la Marine, l. 3. tit. 3. art. 24. le Maître de Navire est preferé pour son fret sur les marchandises de son chargement tant qu'elles sont dans son Vaisseau sur des gabarres ou sur le quay, & même quinzaine aprés la délivrance, pourvû qu'elles n'ayent point passé entre les mains d'un tiers.

Le fret des Navires preferé aux autres dettes.

Des contrats à grosse avanture.

Et à l'égard des contrats à grosse avanture ou retour du voyage, le Navire, ses agrez, apparaux, armement & victuailles, même le fret, sont affectez par privilege au principal & interest de l'argent donné sur le corps & quille du Vaisseau pour les necessitez du voyage, & le chargement au payement des deniers pris pour le faire. Ordonn. de l'année 1681. touchant la Marine, tit. 5. art. 7. l'article 8. au même tit. y aporte une exception, sçavoir que ceux qui donnent deniers à grosse avanture dans le lieu de la demeure des proprietaires du Vaisseau, sans leur consentement, n'ont hypotheque ni privilege que sur la portion que le Maître pourra avoir au Vaisseau, & au fret, quoy que les contrats fussent causez pour radoub ou victuailles du Bâtiment.

Distinction des deniers donnez à grosse avanture.

Que si les proprietaires refusoient de fournir leur contingente pour mettre le Bâtiment en état, leurs parts & portions ne laissent pas d'être affectez aux deniers pris par le Maître pour radoub & victuailles, art. 9. au même tit.

Il faut encore remarquer que ce privilege des deniers baillez à la grosse ne dure pas toûjours, & il n'a lieu que pour le voyage ; car si les deniers sont laissez par renouvellement ou continuation, ils n'entrent point en concurrence avec les deniers actuellement fournis pour le même voyage. art. 10. au même

Deniers à grosse laissez ne concurrent point avec ceux du dernier voyage.

tître. Ce qui est juste, car ce qui cause le privilege pour les deniers pris à la grosse, c'est qu'ils ont été employez pour les necessitez du voyage ; mais les deniers laissez par renouvellement ou continuation ayant été consumez & employez pour le voyage precedent, il ne seroit pas juste qu'ils fussent payez en concurrence avec les deniers pris pour le chargement & les necessitez du dernier voyage.

S'il y avoit contrat à la grosse & assurance sur un même chargement, & que le Vaisseau ayant été perdu, il restât seulement quelques effets que l'on eût sauvez du naufrage, le donneur à la grosse avanture seroit-il preferé à l'assureur, ou en tout cas y auroit-il lieu à la concurrence? Cette question est decidée par l'art. 18. au même tître, le donneur est preferé aux assureurs pour son capital seulement.

C'est une maxime certaine par le Droit François que *meuble n'a point de suite par hypotheque*, c'est à dire que le creancier ne peut saisir les meubles en d'autres mains qu'en celles de son debiteur : ce qui est fondé sur ces trois raisons; la premiere que les meubles n'ont pas une subsistance perpetuelle & certaine comme les immeubles, & par consequent ils n'ont pas une si grande aptitude à recevoir le caractere d'hypotheque en vertu d'une simple convention : La seconde, que le creancier ayant pû se faire nantir du meuble qu'on luy engageoit, il se doit imputer s'il n'a pas pris son assurance, & la troisiéme que si les meubles avoient suite par hypotheque l'on rendroit le commerce extrémement incommode, ou pour mieux dire on l'aboliroit tout à fait, parce qu'un acheteur ne seroit jamais en sûreté: ainsi l'hypotheque sur les meubles est imparfaite, comme elle l'est sur les Offices, puis qu'elle n'a point le principal effet de l'hypotheque qui est la suite ; Il faut neanmoins remarquer qu'en Normandie cette hypotheque a plus d'effet qu'elle n'en a dans la Coûtume de Paris & dans plusieurs autres, en ce que les creanciers conservent leur droit de priorité nonobstant la saisie faite des meubles de leur obligé par un creancier posterieur.

L'hypotheque sur les meubles est imparfaite, comme sur les Offices.

Si le vendeur d'une chose mobiliaire a suite sur icelle lors qu'il n'a pas été payé.

Il est bien raisonnable que le creancier n'ait point de suite par hypotheque sur les meubles laissez en la main de son debiteur ; mais il sembleroit juste que le vendeur d'une chose mobiliaire

eust droit de suite sur icelle, lors qu'il n'a point été payé du prix. Pour decider cette question, l'on fait distinction entre celuy qui a vendu argent comptant sans jour ny terme, & celuy qui a donné terme : le premier a droit de suite en quelque main que la chose passe, & bien que la vente soit parfaite lors que l'on est convenu du prix, & que la chose a été livrée quoy que le prix n'ait point été payé, neanmoins elle n'est point reputée appartenir à l'acheteur qu'aprés le payement, *Res non fit emptoris nisi pretio soluto, l. quod vendidit. l. utres, D. de contrah. empt.* Mais quand le vendeur a donné terme & que l'acheteur a disposé de la chose venduë, il n'a point droit de suite, parce qu'ayant donné credit à l'acheteur il l'a fait maître de la chose, de sorte qu'il a pû en disposer à son préjudice, *Si is qui vendidit, fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri. §. vendita. De rerum divis. instit.* Voyez Loüet & son Commentateur, l. 1. n. 19. La Coûtume de Paris a fait cette distinction dans les articles 176. & 177. Suivant l'article 176. celuy qui vend une chose mobiliaire sans jour & sans terme esperant être payé promptement, peut poursuivre la chose en quelque lieu qu'elle soit transportée pour être payé du prix qu'il l'a venduë; & par l'article 177. encore qu'il ait donné terme, si la chose se trouve saisie sur le debiteur par autre creancier il peut empêcher la vente.

Decision de cette Question.

Ricard sur ledit Article 176. de la Coûtume de Paris, cite un Arrest par lequel il a esté jugé qu'une personne qui avoit baillé un collier de Perles à une venderesse pour vendre, le pouvoit revendiquer de celuy auquel elle l'avoit baillé en gage, sans le consentement du particulier à qu'il il appartenoit.

Il est aussi sans difficulté que le meuble que l'on auroit confié à quelque personne, & que l'on auroit pris ou dérobé, pourroit estre saisi en quelque main qu'il se trouvast. *Nam rei furtivæ perpetua est autoritas.*

Les meubles reçoivent si difficilement l'hypotheque, que suivant la Jurisprudence du Parlement de Paris, remarquée par Baquet, des Droits de Justice, c. 21. n. 264. l'on ne peut poursuivre personnellement & hypothecairement les heritiers d'un défunt, soit pour une promesse mobiliaire ou pour une rente; si le debiteur n'a laissé que de simples meubles, parce que *meubles*

ne sont point susceptibles d'hypotheque; & par la Coûtume de Paris ils n'ont point de suite par hypotheque, quand ils sont hors la possession du debiteur; De sorte qu'en ce cas les heritiers ne peuvent être poursuivis que personnellement chacun pour sa part & non hypothecairement pour le tout, d'autant qu'il n'y a aucun heritage ou droit immobiliaire, sans lequel l'hypotheque ne peut subsister, suivant le Stile Coûtumier.

L'hypotheque ne peut subsister sans droit immobiliaire.

Nos maximes sont fort opposées en Normandie, l'heritier peut estre poursuivy personnellement pour le tout, soit que la dette soit mobiliaire ou immobiliaire, & nous ne distinguons point s'il a seulement la qualité d'heritier aux meubles, ou s'il y a des immeubles; la seule qualité d'heritier suffit pour hypothequer tous ses biens de quelque nature qu'ils soient aux creanciers du défunt, de sorte que le simple heritier aux meubles peut être poursuivy pour le tout personnellement & hypothecairement sur ses propres meubles.

L'heritier poursuivi personnellement & hypothecairement.

CHAPITRE X.

De l'Hypotheque sur les Rentes, sur les immeubles, & particulierement sur les Offices.

Regulierement l'on a droit de suite sur les immeubles, en quelque main qu'il passent; il faut neanmoins faire distinction entre les immeubles, il y en a de réels comme les terres & les maisons; & à l'égard de ceux-là, il y a toûjours droit de suite, & l'hypotheque en subsiste & se continuë, soit que le debiteur en demeure saisi ou qu'ils soient possedez par un tiers détenteur, & il y en a de fictifs & d'impropres, comme les rentes & les Offices. A l'égard des rentes de quelque nature qu'elles soient, foncieres, seigneuriales ou constituées à prix d'argent, elles ne peuvent plus être saisies lors qu'elles ont esté rachetées, parce qu'il s'en est fait une extinction parfaite & irrevocable par le rachat, & que l'on ne peut saisir que les choses qui existent, & qui sont en nature.

Differentes especes d'immeubles.

Offices susceptibles d'hypotheques.

Pour les Offices, l'on doutoit autrefois s'ils étoient susceptibles d'hypotheque : car outre que c'étoient des droits incorporels, il sembloit malaisé de les pouvoir engager, parce qu'encore qu'ils fussent venaux le commerce n'en étoit pas entierement libre, & que le titre dépendoit principalement du Collateur ; neanmoins comme parmy les Romains il y avoit des milices venales que l'on pouvoit affecter à ses dettes, l'on a reçû plus facilement en France l'hypotheque sur les Offices, depuis qu'ils ont été vendus par les Roys même, & par consequent ils ont pû être revendus par les particuliers, car étant tombez par ce moyen en un commerce entierement libre, ils peuvent être hypothequez suivant ce principe que *tout ce qui peut être vendu peut à plus forte raison être hypothequé, l. 9. §. 1. D. de Pign.* Loiseau des Offices. l. 3. c. 5. ce que nous pratiquons aujourd'huy pour l'hypotheque des Offices est une imitation de ce qui fut ordonné par Justinien pour l'hypotheque des Milices en sa Novelle 53. c. 5. Au commencement l'on ne souffroit point qu'elles fussent hypothequées, parce que n'ayant aucun profit ni revenu que par la liberalité de l'Empereur, l'engagement en étoit inutile ; mais enfin les Empereurs touchez de commiseration envers les creanciers qui avoient fourni les deniers pour l'achapt de ces Milices approuverent l'engagement fait pour ce sujet seulement, & toutefois il n'avoit effet que quand le pourvû de la Milice n'avoit ni femme ni enfans ; car ils étoient preferez même à ses creanciers privilegiez. Enfin Justinien au defaut de femmes & d'enfans permit que les creanciers eussent hypotheque sur ces Milices ; *Ne quid inhumanum facere, & legem de Militiis non pietatis & Deo placendi studio fecisse videamur.* Lors que les Offices dépendoient du choix & de la liberalité du Prince, l'hypotheque en étoit inutile, parce qu'elles retournoient au Prince qui en disposoit selon son bon plaisir, & quelquefois touché de commiseration pour la veuve & pour les enfans, il leur donnoit quelque recompense : Enfin, le Droit Annuel ayant rendu le commerce des Offices entierement libre, ils sont devenus susceptibles d'hypotheque & d'engagement. Tous les effets neanmoins de l'hypotheque ne se rencontrent pas sur les Offices comme sur les autres biens, car l'on ne peut pas en déposseder l'acquereur qui a été pourvû de bonne foy.

Le Droit Annuel a rendu le cõmerce des Offices libre.

L'acquereur de bonne foy d'un Office n'en peut être dépossedé.

Quoy qu'aujourd'huy tous les Offices sans distinction soient susceptibles d'hypotheque, comme les autres biens, l'hypotheque toutefois en est imparfaite en ce point, qu'elle n'a point de suite, qui est l'effet le plus important de l'hypotheque, *jus persequendi pignoris*, en vertu duquel l'on peut poursuivre la chose hypothequée contre un tiers detenteur, quoy qu'il ne soit point nôtre debiteur, & que nous n'ayons point contracté avec luy.

Cette hypotheque est imparfaite.

Mais pour conserver une hypotheque sur un Office, il faut y aporter beaucoup de soin & de precaution. Sur tout il est necessaire de s'opposer au Sceau, car aprés les provisions levées sans opposition, le resignataire est à couvert de toutes les actions & demandes des creanciers de son resignant; & pour faire cesser toutes les difficultez, le Roi a fait une déclaration au mois de Février de l'année 1683. & verifiée au Parlement de Roüen le 29 Mars de la même année, par laquelle en l'Article premier, il est ordonné que les creanciers opposans au Sceau & expedition des provisions des Offices seront preferez à tous autres creanciers qui auront obmis de s'y opposer, quoy que privilegiez, & même à ceux qui auront fait saisir réellement les Offices, & seroient opposans à la saisie réelle, l'Office étant purgé de toutes hypotheques, & ne restant plus sur iceluy aucun droit de suite, il est vray que l'usage des oppositions au Sceau est moderne: Un Garde des Sceaux en fut l'Autheur, pour faire valoir à ce que l'on a crû la Charge de Garde-rôle qui étoit possedée par son parent.

Elle est difficile à conserver.

Il est donc important de sçavoir quand & comment l'on doit s'opposer au Sceau, & quel est l'avantage & le privilege de ceux qui ont opposé contre ceux qui ont negligé de le faire. L'on n'est pas recevable à alleguer que les provisions s'expedient sans que l'on en sçache rien, & que par consequent cela ne doit nuire aux autres creanciers, car l'hypotheque sur les Offices étant impropre & debile, elle ne se conserve que par la vigilance & le soin que l'on prend de s'opposer au Sceau.

L'on s'oppose au Sceau en deux manieres, ou pour le titre de l'Office, ou seulement pour les deniers provenans du prix de l'Office: lors que l'opposition concerne le titre de l'Office l'on fait vuider cette opposition avant que de sceler, & l'on ne

Comment l'on s'oppose au Sceau.

scele point les provisions à la charge de cette opposition : Ainsi celuy qui a fait une telle opposition est assuré que l'Office ne se vendra jamais qu'il n'en soit averti : plusieurs qui n'ont point droit au titre de l'Office ne laissent pas de le faire , afin qu'il ne soit point vendu sans y être appellez : mais en jugeant l'instance de cette opposition on les condamne aux dommages & interests : Le creancier qui a privilege sur l'Office pour avoir prêté les deniers qui ont été employez à l'achapt d'iceluy , n'a pas droit neanmoins de s'opposer au titre , mais seulement sur les deniers. Lors que l'opposition n'est formée que pour les deniers l'on ne laisse pas de sceller les provisions à la charge des oppositions.

Dans quel temps les oppositions du Sceau doivent être renouvellées.

Pour faire une opposition valable & utile , suivant le Réglement du Conseil de l'année 1631. les oppositions faites pour le titre des Offices doivent être renouvellées aprés les six mois expirez , & celles faites pour deniers demeurent nulles & sans effet , si elles ne sont renouvellées aprés l'an expiré du jour de la signification d'icelles , & par le Réglement du 19 May 1632. toutes les oppositions faites & à faire aux expeditions des Offices de France , ailleurs qu'entre les mains du Garde-Rôle sont nulles & de nul effet sans exception ; tellement que pour acquerir un privilege , un droit de suite , & une preference sur les deniers provenans de la composition d'un Office , il faut s'opposer au Sceau entre les mains du Garde-Rôle & y réïterer d'année en année les oppositions jusqu'à ce que les provisions soient scellées à peine de nullité , les oppositions surannées étant nulles & sans effet : ce qui a été jugé par plusieurs Arrests du Conseil Privé du Roy , & particulierement par un Arrest du 30 Septembre 1653. rendu au Conseil Privé du Roy , par lequel il fut jugé qu'un resignataire d'une Charge de Secretaire du Roy, qui avoit acquitté les oppositions formées au Sceau dans l'année de l'expedition de ses provisions , & payé le surplus du prix au vendeur , étoit valablement quitte d'une opposition surannée , formée environ deux ou trois ans auparavant , à laquelle l'on n'eut aucun égard.

La même question a été jugée en bien plus forts termes que le precedent par un autre Arrest rendu au Conseil Privé du Roi le 27 Septembre 1670. dont voicy l'espece. Paul Riquet l'un des

des Interessez aux Fermes Generales du Languedoc, creancier de Mᵉ Jean Baptiste Hulles, Secretaire du Roy, pour un reliqua de compte qu'il avoit payé pour luy aux coffres du Roy, s'opposa au Sceau pour la Charge de Secretaire du Roy, de Hulles le 27 de Septembre 1657. & la fit saisir réellement le 27 du mesme mois. Le 17 d'Octobre de l'année 1668. Hulles en disposa en faveur de Riquet, pour demeurer quitte des sommes qu'il luy devoit, & le 5 de Novembre de la mesme année, Riquet revendit ce mesme Office au nommé Berthel, en faveur duquel les provisions en furent scellées le premier de Janvier 1669. Il se mût question entre les creanciers de Hulles sur la preference du prix de l'Office, Riquet pretendoit l'emporter à cause du privilege de sa dette, c'estoit pour deniers Royaux, il avoit fait saisir l'Office qui luy avoit esté abandonné en payement, & en tout cas il estoit opposant au Sceau, non pas veritablement dans l'an des provisions scellées, mais elle estoit dans l'année de l'abandonnement qui luy en avoit esté fait, cependant par l'Arrest il fut débouté de son opposition, & ordonné que le prix seroit distribué entre les creanciers opposans au Sceau dans l'an des provisions scellées. D'où il resulte que les opposans au Sceau qui ne se sont point opposez dans l'année des provisions scelées, & ceux qui ne se sont point du tout opposez ne sont pas plus privilegiez les uns que les autres.

Il faut voir maintenant ce que les oppositions au Sceau profitent à ceux qui les ont faites, & si en consequence ils doivent estre preferez aux autres creanciers saisissans, & non opposans au Sceau.

On jugeoit autrefois en ce Parlement comme en celuy de Paris, que les creanciers saisissans le prix d'un Office entre les mains de celuy qui en avoit traitté, devoient estre colloquez avec les opposans au Sceau selon l'ordre de leurs hypotheques. Le fondement de cette Jurisprudence estoit que l'opposition au Sceau n'estoit que contre l'acquereur de l'Office, & pour empescher qu'il ne vuidast ses mains du prix aprés avoir purgé les hypotheques par le Sceau: Mais le contraire a esté jugé depuis, & c'est maintenant une maxime établie par tout, que les creanciers opposans au Sceau sont payez par preference aux autres creanciers qui ont seulement saisi & opposé entre les mains de

Que sert l'opposition au Sceau.

l'acquereur de l'Office, la raiſon eſt, que les Offices apartiennent au Roy, que la compoſition ne s'en fait que ſous ſon bon plaiſir, & que les Titulaires n'en diſpoſent qu'à condition qu'il l'ait agreable.

J'en remarqueray deux Arreſts notables, donnez au Parlement de Paris, pour des procez évoquez du Parlement de Roüen ; le premier, fut rendu le 5 de Janvier 1652. ſur la preference du prix de l'Office de Maiſtre Particulier des Eauës & Foreſts du Pont de l'Arche, dont étoit pourvû Maiſtre Pierre de Marbeuf ; le prix en avoit été conſigné par l'acquereur, & enſuite diſtribué entre les creanciers ſaiſiſſans & oppoſans à l'excluſion de Gagni Commiſſaire au Châtelet, ſeul oppoſant au Sceau, lequel s'étant pourvû contre l'ordre fait en ce Parlement, l'affaire évoquée au Conſeil & renvoyée au Parlement de Paris, il fut jugé que Gagni comme oppoſant au Sceau ſeroit payé par preference, même à une taxe faite ſur l'Office avant la reſignation, pour laquelle l'on ne s'étoit point oppoſé au Sceau.

Pareil Arreſt au même Parlement du 30 May 1670. rendu au profit de Monſieur Amelot, Maiſtre des Requeſtes, & Preſident au Grand Conſeil, oppoſant au Sceau de l'Office de Lieutenant General de Caux, par lequel Maiſtre Guillaume Durand ſieur de Bondeville, pourvû dudit Office, fut condamné à payer les cauſes de l'oppoſition de Mr. Amelot, nonobſtant la conſignation par luy faite du prix qui avoit été enſuite diſtribué au Parlement de Roüen entre les creanciers ſaiſiſſans & oppoſans. Par Arreſt du Parlement du Roüen du huitiéme de May 1668, au rapport de Mr. Puchot, l'on jugea ces trois queſtions: *Primò*, que le nouveau Titulaire qui par ſon concordat, ſes proviſions, & ſon acte de reception a été chargé de l'oppoſition du creancier du reſignant, eſt obligé perſonnellement à la dette, ou de raporter le prix porté par ſon concordat. *Secundò*, Que par les nouvelles proviſions & le changement de Titulaire, les hypotheques des creanciers du reſignant qui n'ont point oppoſé au Sceau ſont purgées, & qu'il n'y a que celles des oppoſans au Sceau qui ſoient conſervées ſans profiter aux autres creanciers qui en ſont exclus, quoy qu'anterieurs. *Tertiò*, Qu'il n'eſt point neceſſaire d'opoſer au Sceau pour la conſervation

des droits hereditaires, bien que ces droits n'eussent point été separez du corps de l'Office, entre Jacques le Prevost, pourvû de l'Office de Contrôleur au Greniel à Sel de Bernay; Roussel, Harou & Croisi.

Suivant les Arrests, les opposans au Sceau sont preferez sur les deniers étans encore entre les mains de celuy qui a traité de l'Office lors de l'expedition des provisions: mais la question a été grande de sçavoir si lors que le Titulaire a delegué le prix de son Office à ses creanciers, & qu'ensuite le resignataire a consigné ses deniers avant l'expedition des provisions, les creanciers sont tenus de continuer leurs oppositions au Sceau, ou s'il suffit de suivre ces deniers aux consignations? Maître Jean Thomas Sieur de Verdun, disposa de son Office de Lieutenant Criminel à Roüen, en faveur de Charles du Caron, sieur de Ronfeugeré, par Contrat du premier de Decembre 1659. moyennant la somme de 76000 liv. payables à ses creanciers trois mois aprés: les differentes oppositions qui furent formées sur l'execution de ce Contrat durerent si long-temps que la consignation ne fut faite plûtost que le 30 Juillet 1661. & les provisions ne furent scellées qu'au mois de Février 1663. Voicy les diligences des creanciers du Sieur de Verdun; les uns avoient formé leur opposition au Sceau dés l'année 1659. avant le traité de ladite Charge, qu'ils y réïtererent en 1660. & même quelques-uns d'iceux en 1661. jusqu'à la consignation des deniers, mais depuis ils abandonnerent le Sceau, & suivirent les deniers aux consignations; les autres continuerent leurs diligences au Sceau, & y continuerent d'année en année leurs oppositions jusqu'à ce que les provisions fussent scellées; il y en eut même qui se contenterent d'une simple opposition au Sceau dans l'année de l'expedition des provisions: & les autres enfin sans s'opposer au Sceau, saisirent les deniers entre les mains du sieur de Ronfeugere, ou s'opposerent sur iceux aux Consignations. Surquoy il se mut question pour sçavoir ausquels des creanciers les deniers apartenoient.

Dame Anne de Choursses, veuve du sieur de Verdun, qui étoit opposante au Sceau dans l'année des provisions scellées, disoit que les opposans au Sceau dans l'année des provisions scellées, ont un privilege sur les deniers, que tous les autres crean-

ciers n'ont pas. Ils sont seuls à la Charge des oppositions, desquels les provisions de l'Office ont esté scelées, & ceux par consequent qui ont acquis par le Sceau droit de suite, & une preference sur les deniers à l'exclusion des autres creanciers qui n'y viennent que par simple action du chef de leur debiteur, que c'estoit une maxime établie par les Arrests, que pour se conserver un privilege sur les deniers provenans de la composition d'un Office, il faut opposer au Sceau & que l'opposition soit formée dans l'année des provisions scellées, tellement que ceux qui ne se sont point opposez dans ce temps fatal, & ceux qui ne se sont point du tout opposez n'ont rien à pretendre.

Les autres creanciers non opposans au Sceau, ou qui n'étoient point opposans dans l'année des provisions scelées, répondoient que par la delegation du prix, faite par le resignant à ses creanciers & de la consignation d'icelle par le resignataire, l'interest des creanciers estoit à couvert, que les deniers leur appartenoient, du moins à l'égard de ceux qui s'estoient une fois opposez au Sceau, qui ne sont plus obligez d'y retourner ny de rechercher la precaution du Sceau depuis la consignation, par le moyen de laquelle les deniers leur estoient asseurez, le resignant estant désaisi de son Office, & le resignataire en estant revestu, c'est un fait consommé. Par Arrest du 4 Septembre 1672. il fut jugé que les deniers seroient distribuez selon l'ordre des hypotheques, & la Dame de Chourses s'estant pourveuë au Conseil contre cet Arrest, elle fut déboutée de sa Requeste.

C'est donc une Jurisprudence certaine, que celuy qui n'a point opposé au Sceau ne peut plus pretendre hypotheque ny suite d'hypotheque sur l'Office; il peut seulement saisir entre les mains du resignataire les deniers qu'il peut encore devoir pour la composition d'iceluy, & en consequence empescher sa reception, jusqu'à ce qu'il ait payé ou consigné les deniers dont il se trouvera redevable.

Si le creancier qui a saisi réellement est tenu de s'opposer au Sceau.

L'on aprend par le Journal du Palais, Partie troisiéme, qu'à Paris l'on a souvent agité cette question; si le creancier qui a fait saisir réellement un Office sur son debiteur, & qui en a poursuivy les Criées jusqu'au congé d'adjuger inclusivement, ayant manqué de s'opposer au Sceau, aux provisions d'un tiers acquereur, perd l'hypotheque qu'il avoit sur cet Office, ou si la sai-

sie réelle sans opposition au Sceau est seule suffisante pour luy conserver son droit d'hypotheque ? Car l'on disoit pour l'Officier, que le Sceau avoit purgé les hypotheques des creanciers, nonobstant la saisie réelle, autrement on osteroit toute seureté aux acquereurs des Offices qui ne peuvent estre instruits des hypotheques pretenduës sur les Charges, qu'en consultant les Registres du Sceau, la suite par hypotheque estoit tout à fait incompatible avec les Offices, parce que le Titre des Offices appartient au Roy d'une maniere toute libre & franche de sujettion, & si l'on a dérogé en quelque sorte à la nature des Offices, en ce que par la mort ou demission de l'Officier, ils retournoient anciennement libres & dégagez de toutes hypotheques entre les mains du Roy, au moins il faut satisfaire exactement aux conditions sous lesquelles cette grace a esté accordée, c'est à dire, qu'il faut faire son opposition au Sceau, sans cela l'ancien droit reprend sa force, & l'Office passe libre entre les mains du nouvel Officier qui en a esté pourvû : La saisie réelle ne pouvoit suppleer ce defaut, si elle n'a esté signifiée à Mr le Chancelier, en ce cas elle pourroit valoir comme une opposition au Sceau.

Les creanciers détruisoient ces raisons en representant qu'ils avoient fait tout ce qui estoit necessaire pour donner connoissance au public de la saisie qu'ils avoient faite de cet Office, par les affiches & publications qui en avoient esté faites tres-exactement, & qu'ayant satisfait à tout ce que la Coustume de Paris requeroit en l'Article 95. pour rendre un Office immeuble & pour donner aux creanciers le droit de suite par hypotheque, c'est en vain que l'on pretendoit qu'il falloit signifier cette saisie à Monsieur le Chancelier ; puisque la Coûtume, toute prevoyante qu'elle est ne l'a point requise, & c'est une erreur de croire que l'Office reside dans les mains de Monsieur le Chancelier, & que ce soit là qu'il doive estre saisi : Sa veritable situation est dans la personne de l'Officier qui l'exerce; aussi ne faut-il pas se persuader que l'opposition au Sceau ait esté introduite à l'égard des Offices pour y avoir lieu à l'exclusion de la saisie réelle, au contraire ce n'est qu'une faculté que l'on a bien voulu accorder aux creanciers des Titulaires des Offices, pour leur épargner les frais d'une saisie réelle. Par Arrest donné en la Cour des Aydes de Paris, le 21 jour d'Aoust

1673. l'on Ordonna qu'il seroit procedé à la réception de l'Officier à la charge de l'opposition du creancier sur les deniers de l'Office. L'Autheur du Journal ajoûte, que l'on cita un Arrest du Parlement, par lequel on avoit jugé qu'une saisie réelle operoit le mesme effet qu'une opposition au Sceau. On peut voir un autre Arrest dans la seconde Partie du mesme Journal, fol. 97. Et dans la huitiéme partie, l'on agite cette question : Si un creancier qui a fait saisir réellement une Charge, & qui en a poursuivy l'adjudication par decret, est obligé aprés l'adjudication faite & les deniers consignez de continuer ses opositions au Sceau jusqu'à l'expedition des provisions de celuy qui s'en est rendu adjudicataire, & s'il peut venir en concurrence avec des creanciers qui depuis l'adjudicaiion & consignation du prix de la charge ont continué leurs oppositions au Sceau; le creancier qui avoit continué ses oppositions au Sceau, soûtenoit que ni la saisie réelle, ni même l'adjudication n'avoient point depossedé l'Officier, & qu'il n'y avoit que le Sceau qui le pûst faire. Pour ces raisons; la premiere, que l'Officier ne tenant son titre que du Sceau, il n'y a aussi que le Sceau qui l'en puisse deposseder; la seconde raison est, qu'encore que la Charge d'un Officier soit saisie & ajugée, neanmoins jusqu'à ce que l'adjudicataire ait obtenu ses provisions, il ne se peut faire recevoir, parce que le titre de la Charge qui ne se peut obtenir que du Sceau ne luy appartient que du jour que les provisions sont scelées : La troisiéme raison est, que c'est sur l'Officier saisi & non sur l'adjudicataire que la Charge periclite; Or puisqu'aprés l'adjudication la Charge ne perit que sur l'Officier, il faut conclure que l'adjudication ne l'a point depossedé. L'on répondoit au contraire, que du jour de la consignation faite par l'adjudicataire, l'on n'étoit plus recevable à former de nouvelles oppositions, dautant que l'Office n'appartenoit plus au saisi en ayant été depossedé par cette adjudication, & qu'aprés la consignation il étoit en la liberté de l'adjudicataire de se faire recevoir quand bon luy sembleroit; mais du moment de la consignation faite du prix de l'Office, le droit a été acquis aux creanciers qui étoient opposans au Sceau. Par Arrest de la Cour des Aydes de Paris du 16 Février 1682. les creanciers qui avoient cessé d'exposer au Sceau furent colloquez en concur-

Il n'y a que le Sceau qui puisse déposseder un Officier.

rence avec celuy qui avoit continué ses oppositions.

On donneroit en Normandie le même effet à la saisie réelle; car suivant l'Article 514. l'Office venal est reputé immeuble, & a suite par hypotheque lors qu'il a été saisi sur le debiteur par autorité de Justice, & auparavant la résignation admise & provision faite au profit d'un tiers, ce qui est conforme à la Coûtume de Paris en l'Article 95. l'on donneroit inutilement une suite par hypotheque aprés la saisie, si nonobstant icelle l'on pouvoit l'eluder & disposer de son Office.

L'on a revoqué en doute si l'on devoit tenir à la rigueur, lors que la resignation étoit faite de pere à fils? Car le fils étant reputé une même personne avec son pere, le droit des creanciers ne doit être perdu par ces sortes de resignations: Aussi par la Loy derniere, *Cod. de pignor.* la milice pouvoit être venduë sur le fils pour l'argent prêté au pere pour l'achat de la milice, ce qui doit en tout cas être gardé à l'égard des creanciers qui avoient fourny l'achat de l'Office, vû principalement que ces sortes de resignations de pere à fils ne se font ordinairement que pour tromper les creanciers.

Mais l'obligation de s'opposer au Sceau est si necessaire & tellement indispensable, que l'on ne fait point de distinction sur la qualité des resignans, & le fils n'est pas moins à couvert de la recherche des creanciers que le seroit un creancier quelque privilege que puissent avoir leurs dettes, parce que le resignant tient l'Office plûtost de la main du Roy que de son resignant.

Que si le pere avoit achetté l'Office pour son fils, lequel en eust été immediatement pourvû, en ce cas l'Office demeureroit hypothequé au payement du prix de la composition, bien que le fils ne s'y fût pas obligé par le concordat: Loyseau des Offic. l. 3. c. 8. n. 61. Ce même Autheur estime que si le pere avoit obtenu des provisions, mais qu'auparavant que d'y estre reçû il l'eust resigné à son fils, l'hypotheque & le privilege seroit conservé au creancier, parce que l'Office n'a point esté pleinement attaché à la personne du pere avant sa reception, & sur tout n'ayant pas esté besoin d'une nouvelle resignation qui auroit esteint l'hypotheque, mais seulement de faire changer les provisions & de mettre le nom du fils au lieu de celuy du pere; si toutefois un estranger en avoit payé le prix, il seroit en bonne foy, parce

qu'en matiere d'Offices l'on ne cherche d'autre sûreté que le Sceau ; ce qui est sans difficulté, lors que le changement de provisions se fait au profit d'un estranger, & les creançiers qui se sont opposez à cette expedition sont preferez aux autres.

Les parties casuelles purgent les Hypotheques aussi bien que le Sceau.

Les parties casuelles purgent les hypotheques aussi bien que le Sceau, & il a esté jugé par deux Arrests du Conseil d'Estat, rapportez dans le huitiéme Tome du Journal du Palais, que les Offices levez aux parties casuelles, par les enfans qui ont renoncé à la succession du défunt Titulaire leur pere, sont affranchis des debtes du défunt, nonobstant les offres que faisoient les creanciers de rembourser la taxe des parties casuelles : Et ce qui avoit esté jugé pour les enfans fut aussi jugé pour la veuve, nonobstant l'opposition des creanciers, qui pretendoient que ce qui avoit esté jugé pour les enfans, estoit un privilege particulier aux enfans, & le motif des Arrests fut que lors que des Offices sont vacans aux parties casuelles, ils apartiennent au Roy, qui en dispose en faveur de qui il luy plaist, & quand il les donne aux Veuves & aux enfans en prenant la taxe ordinaire, c'est une pure gratification qui pouvoit être faite à toutes autres personnes étrangeres, & les creanciers se doivent imputer leur perte ; mais qu'il n'a dépendu que d'eux d'asseurer la Charge sur la teste de leur debiteur en payant le droit annuel.

Par l'Article 95. de la Coûtume de Paris, l'Office venal est reputé immeuble, & a suite par hypotheque lors qu'il est saisi sur le debiteur, & toutefois les deniers provenans de l'adjudication sont sujets à contribution, comme meubles entre les creanciers opposans qui viennent pour ce regard en déconfiture au sol la livre ; en consequence de quoy l'on a agité cette question au Parlement de Paris, si les deniers des augmentations de gage doivent estre distribuez entre les creanciers par l'ordre d'hypotheque, comme le prix des rentes, ou s'ils doivent estre distribuez au sol la livre, & par déconfiture comme le prix des Offices ? Cette question est amplement traitée dans la seconde Partie du Journal des Audiences, l. 2. c. 43. & decidée par Arrest, par lequel il fut jugé que les deniers des augmentations de gages seroient distribuez entre les creanciers par ordre d'hypotheque, comme estant de veritables rentes.

Entre les questions qui furent proposées comme douteuses

aux Mer-

aux Mercuriales du Parlement de Paris, & qui sont rapportées par Me Jean Ricard, en son Addition au Titre des Actions personnelles; l'on demanda si les deniers procedans des Offices seroient distribuez aux creanciers privilegiez, & ensuite par ordre d'hypotheque, nonobstant le contenu en l'Article 95. de la Coûtume de Paris, & il fut répondu qu'il estoit utile au public que par un droit nouveau, les deniers procedans des Offices aprés que les creanciers privilegiez auroient esté payez par preference, fussent distribuez par hypotheques, nonobstant le contenu en l'Art. 95. de la Coûtume de Paris, & toutes autres Coûtumes.

En Normandie cette question ne feroit point de peine, parce que les deniers de l'Office s'y distribuent par ordre d'hypotheque, & non point par contribution. Et nos Reformateurs qui dans l'Article 514. ont suivy la premiere partie de l'Article 95. de la Coûtume de Paris, ont laissé l'autre parce qu'elle estoit contraire à l'usage de cette Province: L'on ne suit point aussi la Coûtume de Paris dans les Provinces qni se gouvernent par le Droit écrit.

L'on proposa encore ces questions, aux mesmes Mercuriales du Parlement de Paris. La premiere, si les opposans au Sceau seroient preferez à ceux qui ne seroient pas opposans, ou qui auroient negligé de reïterer leur opposition pendant l'année; & si les opposans au Sceau seront colloquez entr'eux par ordre de leurs hypotheques, sans que la distribution en puisse estre faite par contribution entre lesdits opposans au Sceau, & sans que ceux qui avoient privilege y puissent pretendre aucune chose avec les opposans au Sceau, s'ils avoient negligé de s'opposer ou de renouveler leur opposition dans l'année.

La seconde question fut, si les opposans au Sceau dont les oppositions sont dans l'année des provisions estant payez, les autres opposans & saisissans seront payez entr'eux par l'ordre de leurs oppositions ou saisies?

Il fut répondu que les opposans au Sceau doivent estre preferez à tous autres creanciers, mesme aux privilegiez qui ne se sont pas opposez au Sceau des lettres de provision des Offices, que s'il y a saisie réelle les saisissans & opposans à ladite saisie seront avec les opposans au Sceau mis en ordre: mais au lieu que

c'eſt par contribution entr'eux, il eſt expedient que par un droit nouveau ils ſoient diſtribuez par ordre d'hypotheque du jour & datte de leurs Contrats. Et aprés qu'ils auront eſté payez, s'il reſte des deniers à diſtribuer, que la diſtribution en ſoit faite ſelon l'ordre des ſaiſies & oppoſitions; & en cas de déconfiture par contribution au ſol la livre. Lors que la Coûtume de Paris fut reformée, les Offices n'eſtoient pas d'une ſi grande conſideration dans les Familles comme ils ſont devenus depuis: Or comme aujourd'huy la fortune de la pluſpart des Maiſons conſiſte dans les Charges, l'on n'a plus jugé à propos que le prix en ſuſt diſtribué par contribution au ſol la livre, comme la Coûtume de Paris l'ordonnoit, & ſur ces conſiderations & les avis de Meſſieurs du Parlement de Paris, marquez dans leurs meſmes Articles, le Roy par une Déclaration du mois de Fevrier de l'année 1683. a fait une Loy generale, touchant le privilege des oppoſans au Sceau, par laquelle il eſt ordonné par l'Article 3. qu'entre les creanciers oppoſans au Sceau, les privilegiez ſeront les premiers payez ſur le prix des Offices, & apres les privilegiez acquittez, les hypothecaires ſeront colloquez ſur le ſurplus dudit prix, ſelon l'ordre de priorité & poſteriorité de leur hypotheque, & s'il en reſte quelque choſe apres que les creanciers privilegiez & hypothecaires oppoſans au Sceau, auront eſté entierement payez, la diſtribution s'en fera par contribution entre les creanciers chirografaires oppoſans au Sceau.

Ordres des oppoſans au Sceau pour eſtre payez.

Voila de quelle maniere les creanciers oppoſans au Sceau, ſont payez ſur le prix de l'Office. Et que ſi aucun creancier ne s'eſt oppoſé au Sceau, ou ſi tous les creanciers oppoſans eſtant payez, il reſte encore une partie des deniers à diſtribuer, il eſt dit par l'Article 4. de la meſme Déclaration, que la diſtribution s'en fera premierement en faveur des creanciers privilegiez, enſuite au profit des creanciers hypothecaires, ſuivant l'ordre de leurs hypotheques, & le ſurplus ſera diſtribué entre les autres creanciers par contribution, ſans avoir égard à aucunes ſaiſies de deniers faites aux mains de l'acquereur de l'Office, du Receveur des Conſignations ou autre dépoſitaire du prix d'iceluy, ny à la ſaiſie réelle, & oppoſitions dont les frais des pourſuites, ſeulement ſeront rembourſez par preference: On l'avoit toûjours pratiqué de la ſorte en Normandie, & ſoit que la diſtribution ſe

fiſt entre les oppoſans au Sceau, ou entre ceux qui n'y avoient point oppoſé, la contribution n'avoit jamais eſté reçûë, & l'on ſuivoit inviolablement l'ordre des Hypotheques.

CHAPITRE XI.

De quelle maniere l'Hypotheque eſt pleinement acquiſe & aſſeurée.

POur ſe prevaloir de l'avantage du temps, il faut que l'hypotheque ſoit acquiſe parfaitement & irrevocablement; car l'hypotheque ne ſe peut acquerir qu'en vertu d'une obligation dont la force & l'execution ne dépende point de la volonté du creancier ou du debiteur, mais que l'un & l'autre puiſſent eſtre contraints de l'accomplir. Cela s'éclaircira mieux par les exemples.

Pour acquerir une hypotheque, elle doit estre acquiſe irrevocablement.

Si je m'engage en ces termes, *Si Titius me preſte de l'argent, je conſens que mon bien luy ſoit hypothequé.* Si toutefois avant que de recevoir aucun argent de luy je m'oblige envers Sempronius, ce dernier ſera-t-il preferable? Le Juriſconſulte répond que, *potior eſt in pignore qui prius credidit pecuniam, & accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut ſi ab eo pecuniam acceperit res ſit obligata, licet ab hoc poſtea acceperit, l. 11. qui pot. in pign. hab.* la raiſon eſt, dit cette meſme Loy, que *poteram non accipere*, il pouvoit arriver que nonobſtant cette convention, ou Titius ne me bailleroit point d'argent ne pouvant pas l'y forcer, ou que je ne voudrois pas en prendre de luy, & comme il n'eſtoit pas tenu de m'en bailler s'il ne vouloit, ſon obligation ne pouvoit commencer que du jour qu'il me preſteroit ce qu'il m'avoit promis, & par conſequent elle ne pouvoit avoir un effet retroactif au temps de la premiere convention; car c'eſt une maxime que quand l'effet & l'execution d'une obligation dépend de la volonté de celuy qui promet, cette obligation n'a point d'effet retroactif: parce qu'il n'y avoit pas d'obligation principale qui ſubſiſtaſt encore. *Amplius etiam ſub conditione creditorem tuendum*

Si l'obligation dépend de la volonté du creancier ou du debiteur, elle ne produit point d'hypotheque.

putabat adversus eum cui postea quidquam deberi cœperit. Si modo non ea conditio sit., quæ invito debitore impleri non possit. l. 9. ʒ. amplius. D. qui pot. in pign. Il n'y a que les conditions casuelles qui ont un effet retroactif, *secus in potestativis*, telle qu'est celle contenuë en cette Loy 11. comme l'a remarqué Barthole sur ladite Loy; & Mornac sur cette Loy 4.

Si pareillement vous m'aviez promis cent écus, lors que vous iriez à Paris, & que pour assurance de la restitution de vos deniers je vous engageasse mon bien, & qu'avant que vous fissiez le voyage je contractasse des dettes, quoy qu'aprés vôtre retour je reçeusse de vous l'argent que vous m'aviez promis, vous n'aurez pas hypotheque du jour de la premiere convention, mais du jour de l'évenement de la condition, parce que c'est en ce temps là que l'obligation a esté parfaite & accomplie, puisque auparavant il dépendoit de vôtre volonté de ne me bailler point d'argent ne vous y pouvant contraindre, *& ideo si non fuit principalis obligatio, neque pignoratitia esse potuit. Connan. l. 4. c. 17.*

Il faudroit répondre le contraire, si celuy qui promettoit ne se pouvoit dispenser d'executer ce que l'on avoit stipulé aprés que la condition seroit avenuë, & si le debiteur de son côté ne se pouvoit retracter; car en ce cas l'obligation auroit hypotheque non du jour de l'évenement de la condition, mais du jour de l'obligation. *Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit purè & accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, uti potior sit qui postea credidisset. Sed aliud hic dicendum, quum enim semel conditio cœperit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est sine conditione facta esset. D. l. 11. qui pot. pign. hab.*

La raison de la difference entre ces sortes de conditions est, que celle qui dépend purement de la volonté des contractans, suspend l'obligation jusqu'à ce qu'elle soit parfaite, celle qui est casuelle ou necessaire proroge seulement l'effet de l'obligation, mais cependant elle ne laisse pas d'être entierement parfaite. *Ea conditio quæ est voluntatis totam obligationem suspendit usque dum perficiatur; quæ casualis est aut necessaria obligationis tantum modo effectum prorogat, vis obligationis atque adeo ipsa obligatio statim per-*

ficitur. Connan. l. 4. c. 17. Si conditio est casualis existente conditione obligatio retrotrahitur, secus si est potestativa. Barthol. ad l. qui Balneum. D. qui pot. in pign: hab. Ce que cet Autheur confirme par ces exemples: Si vous promettez quelque chose, en cas qu'un tel Navire retourne des Indes, vous êtes necessairement obligé d'executer vôtre promesse aussi-tôt que le Navire sera de retour, parce que l'obligation étoit parfaite, quoy que l'execution en fust suspenduë jusques au retour du Navire, mais par l'évenement de la condition l'obligation étant renduë parfaite elle a un effet retroactif au temps de la convention.

Mais si vous vous obligiez de me payer cent écus lors que vous irez à Paris, ou en quelqu'autre lieu, en ce cas comme il est en vôtre liberté d'y aller ou de n'y aller pas, & que l'effet de cette promesse dépend de vôtre seule volonté, & qu'il est en vôtre pouvoir de me payer, ou de ne me payer point, parce que vous n'êtes obligé qu'en cas que vous alliez à Paris, cette obligation ne commence d'être que du moment que la condition est avenuë, & par consequent ne pouvant avoir un effet retroactif, l'hypotheque ne commence de naître que de ce temps-là, l'obligation conçuë en ces termes-là n'ayant non plus de force que si l'on avoit parlé en cette maniere, *quum volueris, aut si volueris*, quand vous voudrez, ou si vous le voulez.

Quand l'hypotheque commence de naître.

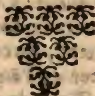
Donc pour juger de l'hypotheque d'un contrat ou d'une obligation, l'on considere s'il y a necessité de l'executer soit de la part du creancier, ou du debiteur, comme on l'apprend de la l. 4. *quæ res Pign: obl. poss. Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet à Mævio cavit ei, & quasdam res hypothecæ nomine dare destinavit; deinde postquam quasdam res ex iis vendidisset accepit pecuniam: quæsitum est an & prius res venditæ creditori tenerentur? Respondi, cum in potestate fuerit debitoris post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore Pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est & ideo inspiciendum quas res in bonis debitor pecuniæ numeratæ tempore habuerit*; Cette Loy decide que par les termes où cette obligation étoit conceuë, il ne s'étoit encore contracté aucun engagement, parce que le creancier ne pouvoit être contraint à prêter de l'argent à Titius, & il étoit d'ailleurs en la liberté de Titius de ne le prendre pas quand on auroit voulu luy en bailler; c'est donc une maxime suivant la

doctrine de Barthol. sur la *l. 7. qui pot. in Pign.* que quand la force & la subsistance de l'obligation dépend de la volonté du debiteur, l'on considere le temps du payement, & lors qu'il est valablement & irrevocablement obligé, l'on considere le temps de l'obligation, *cum in potestate debitoris est pecuniam non recipere tempus solutionis inspicitur, cum non est in potestate tempus obligationis contracta inspicitur.*

Au contraire l'accomplissement de la stipulation ne donne pas l'estre à l'obligation, *non tam producit obligationem quam ad effectum perducit*, l'hypotheque remonte au temps de la stipulation: *Si hæres ob ea legata quæ sub conditione data erant de Pignore rei suæ convenisset, & postea eandem ipsam ob pecuniam creditam Pignori dedit, at postea conditio legatorum extitit hic potius tuendum eum cui prius pignus datum est*, la raison est que l'evenement de la condition ne dependoit pas de la volonté de l'heritier, mais il étoit obligé necessairement de payer les legs lors qu'elle seroit avenuë, & c'est pour quoy il n'avoit pû les engager à son creancier.

L'hypotheque est acquise du jour du Contrat.

Quoy que celuy qui promet de payer une somme ait stipulé divers temps pour le payement, l'hypotheque ne laisse pas d'être acquise du jour du contract, *non enim solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis. l. 1. qui pot. in Pign. hab.* De mesme si quelqu'un pour asseurance de loyers de la maison ou de la terre qu'on luy auroit loüée avoit donné des gages ou engagé quelque fonds & qu'auparavant qu'il fust déu des fermages ou des loyers, il affectast ce mesme fonds à d'autres creanciers, le proprietaire ne laisseroit pas d'estre preferable, parce que comme dit la *l. qui balneum eod. in ea causa fundus esse cœpisset ut invito locatore jus Pignoris in eo solvi non posset*, & toutesfois & quantes qu'il s'agit de la priorité ou posteriorité des hypotheques, l'on considere la convention & non le jour qu'elle est exigible. *Baldus, in D. l. qui Balneum.*



CHAPITRE XII.

De la forme des Contrats.

EN France l'hypotheque ne se contracte pas comme chez les Romains par le seul consentement des parties : l'autorite publique y est requise, c'est pourquoy l'on a ordonné plusieurs formalitez necessaires pour rendre une constitution d'hypotheque parfaite & asseurée : Pour acquerir au premier creancier le privilege du temps, il faut que son contrat soit accomply & revestu de toutes les formes & solennitez requises par la Loy ; les Romains ne reduisoient par écrit leurs pactions que pour servir de preuve, *l. 4. D. de Pign.* l'hypotheque contractée sous signature privée estoit valable, on la pouvoit mesme stipuler entre absens sur de simples lettres ; mais par une constitution de l'Empereur Leon pour acquerir hypotheque, l'obligation devoit estre souscrite par trois témoins, *l. scripturas, C. qui pot. in Pign.*

Par quels contrats l'hypotheque se contractoit parmy les Romains.

En France toutes promesses & contracts sous signature privée quoy qu'aprouvez par plusieurs témoins n'emportent aucune hypotheque que du jour de la reconnoissance faite en jugement ou devant Notaires, pour eviter les fraudes & les suppositions que l'on pourroit faire par des antidattes.

En France les cedules sous signature privée ne donne point d'hypotheque.

Ce qui s'observe mesme entre les Marchands ; Mornac sur la *l. 4. de Pign. & hypoth.* cite un Arrest du Parlement de Paris, par lequel une Sentence renduë par les Conservateurs des Foires de Lyon, qui avoit donné la preference aux creanciers hypothecaires, fut confirmée.

Autrefois en Normandie c'estoit un usage entre les Marchands que les cedules pour marchandises, quoy que reconnuës, n'avoient aucune preference sur les meubles avant celles qui ne l'étoient point, & les Consuls de Roüen ayant jugé le contraire contre Emanuel Die Portugais, sur son appel je disois pour luy, que si l'on obligeoit les Marchands à faire reconnoistre toutes

Ce qui s'observe aussi entre les Marchands.

leurs cedules on apporteroit un grand embarras dans le commerce, les Marchands seroient obligez d'avoir toûjours avec eux un Tabellion pour faire reconnoistre tous les Billets qu'ils passeroient: La cause fut appointée, mais depuis ledit Die se trouvant interessé à faire valoir la preference des cedules reconnuës, il consentit la confirmation de la Sentence des Consuls, & par Arrest du 27 de Juillet 1657. donné en la presence de la Communauté des Marchands, la Cour ordonna qu'à l'avenir en discussion des meubles entre Marchands les obligations reconnuës seroient payées avant celles qui ne le seroient point, & qu'entre celles qui ne le seroient point la concurrence auroit lieu au sol la livre, & que l'Arrest seroit lû en la Jurisdiction des Consuls pour servir de Reglement.

Le contrat passé devant Notaires, l'emporte sur celuy qui n'est que sous seing privé, quoy que premier en datte.

C'est encore une Jurisprudence établie par l'Arrest que j'ay rapporté sur l'Art. 527. de la Coûtume de Normandie que dans la concurrence de deux contrats, l'un passé devant Notaires & l'autre sous signature privée, celuy passé devant Notaires a la preference.

Exception pour les creanciers chirografaires du défunt contre les creanciers de l'heritier en cas de separation de bien.

Il est donc necessaire que tous contrats pour emporter hypotheque soient reconnus en jugement ou passez devant Notaires pour éviter les fraudes & les suppositions que l'on pourroit faire; cette regle est fondée sur l'Art. 92. de l'Ordonn. de 1539. & sur l'Art. 10. de l'Ordonn. de Roussillon. Il faut cependant remarquer que lors qu'il s'agit de separation de biens entre les creanciers d'un defunt & ceux de son heritier, les creanciers chirographaires du defunt sont preferez à tous les creanciers de son heritier, suivant la *L. sciendum. ff. de separ.*

Tous Juges sont competans de la reconnoissance d'un fait.

C'est une maxime que tous Juges sont competens de la reconnoissance d'un fait, d'où l'on infere que cela n'opere pas seulement pour le rendre executoire, mais aussi pour donner hypotheque. L'on pourroit dire cependant que quant à l'hypotheque il seroit necessaire que le Juge pûst être competent de la matiere contenuë dans l'acte de reconnoissance si procez en étoit tenu entre les contractans en sa Jurisdiction; & sur tout pour les Juges que la Coûtume de Normandie en l'Art. 594. appelle Juges extraordinaires comme les Elûs; il n'y a pas apparence de donner hypotheque aux actes reconnus par devant eux pour des matieres qui ne seroient pas de leur competence:

Neanmoins

Neanmoins l'Ordonn. est generale, *Tous Juges sont competens d'une reconnoissance.* On doutoit autrefois si les reconnoissances passées en la Jurisdiction des Consuls pouvoient acquerir hypotheque, l'on a jugé l'affirmative en la Grand'Chambre en l'année 1637.

Pour les contrats & obligations passées sous le Scéel Ecclesiastique ou reconnus devant un Juge d'Eglise, ils n'emportent aucune hypotheque. Loysel en ses Inst. l. 3. t. 7. art. 14. Coquille q. 182. Car à l'égard des Juges d'Eglise on peut fonder cette regle sur l'Art. 92. de l'Ordonn. de 1539. en ces mots *devant le Juge Seculier.* Et pour le Scéel Ecclesiastique c'est une regle observée par toute la France qu'il n'emporte aucune execution, garnissement, ny hypotheque, parce que la Jurisdiction Ecclesiastique qui n'a point de territoire, n'a aucun droit de connoistre de la realité comme est l'hypotheque. Loüet & Brodeau l. H. n. 15. Guy Papé Q. 482. Ce qui a lieu mesme pour les personnes Ecclesiastiques, qui sont tenuës de reconnoistre leurs faits devant le Juge laïque.

Les contrats passez sous le Scéel Ecclesiastique n'emportent point hypotheque.

François I. par l'Ordonn. de 1535. conforme à celle de Charles VIII. de l'année 1490. Art. 21. défend à tous ses Sujets laïques de passer leurs Contrats devant des Notaires Apostoliques, en matieres temporelles ou profanes sur peine de nullité : Elle est conçûë en ces termes: *Nous déclarons tous Traittez concernans heritages, rentes ou réalité qui doresnavant ne seront reçûs par nos Notaires, nuls, &c.*

Ces deux mots, *nos Notaires*, ayant esté mal entendus ont fait penser à quelques-uns qu'il ne faloit les adapter qu'aux seuls Notaires Royaux, à l'exclusion de ceux des Seigneurs : Il est pourtant certain que les deux especes de Notaires, dont l'Ordonnance parle, ne sont que les Notaires laïques & les Ecclesiastiques : Les Laïques comprenant les Royaux & les Subaltermes, personne ne doute que les Notaires Subalternes, instrumentans dans leur ressort, & entre personnes qui y sont domiciliées n'ayent le pouvoir de passer des Contrats concernans les choses réelles, comme ayant tous une mesme origine, & estant tous émanez de l'autorité Royale ; de sorte que quand ils passent des Contrats & obligations dans leur détroit, entre personnes demeurans dans leur territoire, il ne faut pas douter que

Les contrats peuvent être passez par les Notaires Subalternes dans leur détroit, & ceux demeurant dans leur territoire.

ces contrats & obligations n'emportent hypotheque: Mais ils ne peuvent étendre leur exercice plus loin que leurs Jurisdictions; les Notaires n'ayant aucun pouvoir que celuy qui leur est donné par les Seigneurs, qui n'en ont que dans leurs Seigneuries.

Si ces Notaires peuvent obliger les biens qui sont hors leur territoire & & si les contrats qu'ils ont reçeu entre personnes non domiciliées produisent hypotheque.

Mais la difficulté a esté trouvée grande de sçavoir si les Notaires pouvoient obliger les biens qui n'estoient point scituez dans leur territoire, & si les Contrats passez devant eux entre personnes non domiciliées pouvoient produire hypotheque.

Sur la premiere question, sçavoir si les Notaires Subalternes peuvent obliger les biens de ceux qui estoient demeurans dans leur territoire? l'on peut dire qu'il n'y a pas d'apparence d'étendre leur pouvoir plus loin que leurs Iurisdictions & les terres qui y sont scituées: Mais on répond qu'il suffit que les parties contractantes soient domiciliées dans leur district, sans considerer la scituation des choses dont l'on dispose, parce que la personne estant plus noble attire la chose, & que l'obligation hypothecaire doit suivre la personnelle. Si donc les Notaires peuvent obliger les personnes domicilées dans leur district, à plus forte raison ils peuvent obliger leurs biens en quelque lieu qu'ils soient scituez.

La seconde question a esté trouvée si difficile que le Parlement de Paris a donné plusieurs Arrests contraires. Monsieur Bouguier, l c. n. 7. cite un Arrest, par lequel il a esté jugé que les contrats & obligations passez devant les Tabellions des Seigneurs, entre ceux qui n'estoient pas justiciables & demeurans dans le détroit de leur Jurisdiction où lesdits Sceaux sont authentiques, pourvû qu'ils soient passez dans le territoire où ils sont établis, produisent hypotheque. La raison est qu'il y a difference entre l'execution & l'hypotheque; ce sont deux qualitez avantageuses, mais differentes, & qui n'ont rien de commun.

L'hypotheque a son orine du droit des gens & du droit civil.

L'hypotheque a son origine du droit des gens & du droit civil & procede du consentement des parties, & l'on a trouvé à propos d'y ajoûter l'intervention d'une personne publique pour arrester la fraude des antidattes, mais l'execution parée n'a son origine que de l'établissement des petits scéels, inventez depuis 300. ans ou environ, l'execution dépend de la Jurisdiction, laquelle ne se peut proroger estant limitée par le territoire & sur les per-

ſonnes qui demeurent dans la Juriſdiction, mais l'hypotheque dépend de la convention des parties, & c'eſt pourquoy l'Ordonnance de 1539. Art. 65. & 66. ne déclare pas ces Contrats nuls, mais elle leur oſte ſeulement l'execution, lors qu'au temps de l'obligation les contractans ne ſont pas domiciliez dans la Juriſdiction où les Sceaux étoient authentiques, & comme par l'Article 10. de l'Ordonnance de Rouſſillon, tous Juges tant Royaux que Subalternes ont eſté déclarez competens pour la reconnoiſſance des cedules, meſme entre non domiciliez & non juſticiables, lors qu'il s'agit de donner hypotheque à celuy qui n'en a point ſans diſtinguer entre les Royaux & les Subalternes. Par la meſme raiſon un Notaire ſubalterne en paſſant la reconnoiſſance d'une cedule privée entre non domiciliez, luy peut donner hypotheque. Et ſuivant ces raiſons l'on ne doit pas regler l'extenſion de l'hypotheque ſur celle de l'execution, puiſque l'un & l'autre n'ont rien de commun, & qu'elle ſe gouverne par des maximes ſi differentes.

Le contraire a eſté jugé au meſme Parlement, non ſeulement par un Arreſt precedent que Monſieur Loüet avoit remarqué, mais auſſi par un poſterieur à celuy cité par Monſieur Bouguier donné aprés que la queſtion eut eſté conſultée à toutes les Chambres, & il fut dit, nonobſtant l'opinion de Monſieur Bouguier, en rappellant en uſage l'ancienne Juriſprudence remarquée par Mr Loüet, que les contrats paſſez devant des Notaires Subalternes, entre perſonnes ni juſticiables ni domiciliées n'emporteroient aucune hypotheque, par ces raiſons, qu'encor que l'hypotheque dépende de la convention des parties & vienne en vertu d'un Contrat qui eſt du droit des gens; lequel il eſt loiſible aux perſonnes de paſſer en tel lieu que bon leur ſemble, & en ce faiſant ſubir la Iuriſdiction volontaire des Notaires des lieux où ils contractent, cela cependant ne peut avoir lieu pour les Notaires des Seigneurs, parce qu'ils ont leur détroit limité dans l'étenduë de la Juriſdiction de leurs Seigneurs & entre leurs ſujets, & il ne doit point eſtre permis à ceux qui ne ſont pas domiciliez dans leur détroit, de proroger & ſubir Juriſdiction devant leſdits Notaires qui ont leur pouvoir borné, non plus qu'une Juriſdiction contentieuſe devant les Juges Subalternes, & qu'en cela conſiſtoit toute la difference qu'il y avoit entre les Notaires

Royaux & les Subalternes; les Royaux instrumentans dans leur ressort, peuvent obliger & donner hypotheque sur les domiciliez hors leur détroit, & les Subalternes entre leurs justiciables & domiciliez seulement.

Cét Arrest est rapporté par Brodeau sur Mr Loüet, l. H. n. 10. & par du Fresne en son Journal des Audiences, l. 5. ch. 9. de l'imp. de 1652. & quoy qu'il ait esté donné aprés en avoir consulté toutes les Chambres, & que par consequent il dûst servir de Reglement; Cependant dans la seconde Partie du Journal des Audiences, l. 2. c. 26. on trouve un Arrest contraire de l'année 1659. par lequel il a esté jugé que les Contrats passez devant les Notaires non Royaux, dans l'étenduë de leur Jurisdiction, entre personnes domiciliées hors de leur ressort, emportent hypotheque sur les biens des parties en quelque lieu qu'ils soient scituez. Il est vray que dans l'espece de cét Arrest une des parties étoit domiciliée dans le détroit du Notaire, & il bailloit à ferme sa terre qui y étoit scituée, & en ce cas l'on pouvoit dire que l'obligation du bailleur attiroit necessairement celle du preneur; aussi dans le mesme Tome il y a un Arrest du 10 de Juillet 1660. par lequel la Cour a fait défenses à tous Notaires Subalternes de plus passer à l'avenir aucuns Actes, entre personnes qui ne sont pas de l'étenduë de leur Jurisdiction, à peine de nullité. Quoy qu'aprés cét Arrest la Jurisprudence dût estre certaine, neanmoins par un dernier Arrest du 14 de Juillet 1672. rapporté dans la seconde Partie du Journal du Palais, il a esté jugé qu'une obligation pour argent, passée devant un Notaire Subalterne dans son ressort, au profit d'un particulier qui y estoit domicilié, emporte hypotheque sur les biens du debiteur demeurant ailleurs. Dans les questions proposées aux Mercuriales du mesme Parlement, on a demandé si les Contrats passez sous Sceel Royal ou des Seigneurs, pourvû que le debiteur y fût alors domicilié, & les Sentences données par Juges incompetens, soit des Juges Royaux, soit des Hautes-Justices, emportent hypotheque dans toute l'étenduë du Royaume? Et il fut répondu que les Contrats sous Sceel Royal & autres Authentiques, emportent hypotheque en toute l'étenduë du Royaume, pourvû qu'ils soient passez dans le détroit du Notaire qui les reçoit, comme aussi les Sentences emportent hypotheque,

Une obligation pour argent, passée devant un Notaire Subalterne emporte hypotheque sur le debiteur demeurant ailleurs.

ſoit qu'elles ayent eſté données par Juges competens, ou incompetens, Royaux ou des Hautes-Juſtices, meſme aux Coûtumes de ſaiſie & nantiſſement, nonobſtant toutes les Coûtumes contraires.

La Juriſprudence de ce meſme Parlement n'eſt pas moins incertaine, touchant l'hypotheque des Contrats paſſez hors le Royaume; non ſeulement il y a des Arreſts contraires, mais auſſi les ſentimens des Auteurs ſont fort partagez. De l'hypotheque des contrats paſſez hors le Royaume.

Pluſieurs eſtiment que comme les Contrats ſont du droit des gens, & qu'ils ſe conſtituent par le ſeul conſentement des parties, ils peuvent bien valoir entr'elles en quelque lieu qu'ils ſoient paſſez, mais que l'hypotheque ne dépend pas ſeulement de leur conſentement, & que l'autorité publique y eſt requiſe, de ſorte qu'elle ne ſe peut acquerir que par l'autorité du Prince, & par le miniſtere de ſes Officiers. D'autres eſtiment qu'encor que les Contrats paſſez hors le Royaume n'ayent point d'execution parée, parce que la puiſſance *juris dicendi, & juris faciendi* dépend du Roy, neanmoins qu'aprés la reconnoiſſance ou jugement, l'hypotheque doit ſuivre le jour que les Contrats ont eſté paſſez dans les pays étrangers, parce que c'eſt l'intereſt du Royaume que la foy du commerce ne ſoit point violée. Les contrats paſſez hors le Royaume ſont valables ailleurs.

Les autres font diſtinction des Contrats de Mariage & des actes de tutelle, & des autres contrats, ceux-là produiſant une hypotheque legale qui eſt du droit des gens & meſme du droit naturel, & que par conſequent ils doivent avoir hypotheque pour le doüaire & la dot, *Eas obligationes quæ naturalem præſtationem habent palam eſt capitis diminutione non perire, quia civilis ratio jura naturalia corrumpere non poteſt, itaque dotis actio quæ in bonum & æquum concepta eſt durat etiam poſt capitis diminutionem. l. eas. ff. de cap. dim.* Tronçon ſur la Coûtume de Paris Article 165. Chopin ſur la meſme Coûtume, l. 3. t. 2. p. 20. Mornac ſur la *L. extra de Juriſd.* & Bouguier. l. c. n. 7. rapportent des Arreſts qui l'ont jugé de la ſorte. Goujet en ſon Traité des Hypot. qu. 1. Dit que ſur la queſtion de ſçavoir ſi un contrat paſſé en Suiſſe pourroit avoir hypotheque, au préjudice d'un contrat de mariage paſſé à Paris: L'affaire ayant eſté miſe en déliberation, elle eſt demeurée indeciſe; mais que ſon ſentiment eſt que les con-

trats & obligations reçûës au pays Etrangers *etiam inter populos fœderatos* n'ont execution par hypotheque en France, au préjudice d'un tiers citoyen naturel, qui auroit son hypotheque fondée sur un contrat public. Car à l'égard du debiteur son obligation le suit par tout, & en quelque lieu qu'il se transporte il ne peut disputer contre son propre fait. Cet Auteur toutefois excepte la dot *quæ naturalem præstationem habet, civilis autem ratio naturalia jura corrumpere non potest.* Et il rapporte des Arrests du Parlement de Paris qui l'ont jugé de la sorte. Deux celebres Arestographes qui écrivoient au mesme temps & plaidoient dans un mesme Barreau & qui ne sont decedez que depuis quelques années ne se sont pas accordez sur cette matiere. Me Julien Brodeau en son Commentaire sur Monsieur Loüet l. H. n. 15. assûre affirmativement que les contrats passez hors le Royaume, mesme les contrats de mariage quoy que dépendans du droit des gens, ny les actes de tutelle n'emportent point hypotheque soit expresse ou tacite sur les biens situez en France, & il confirme son opinion par l'autorité de plusieurs Arrests.

L'obligation suit le debiteur par tout.

Au contraire Me Jean du Fresne en son Journal des Audiences l. 5. c. 4. dit que les contrats passez par des François devant des Notaires de païs Etrangers emportent hypotheque en France la forme d'iceux estant attestée, car les Notaires étrangers sont fondés de leurs Princes d'instrumenter & de passer tous contrats entre toutes sortes de personnes, de sorte que quand la necessité du commerce desire que tout ce qui dépend du droit des gens, *quo jure omnes gentes utuntur*, soit observé entre tous les peuples, il a esté trouvé raisonnable, *usu exigente & humanis necessitatibus*, que tels contrats passez par devant eux emportassent hypotheque sur tous les biens des obligez en quelque lieu qu'ils fussent situez, & que telle a toûjours esté la Jurisprudence Françoise. Ce qu'il confirme par l'autorité de Chopin sur la Coûtume d'Anjou, l. 3. t. *de Pignoratitia fundorum Poss. n. 11.* & par les deux Arrests remarquez par Monsieur Bouguier, & cette opinion est suivie par le plus grand nombre d'Auteurs.

Quel est l'usage de Normandie pour les contrats.

En Normandie où le contrôle des contrats est absolument necessaire pour acquerir hypotheque, ces questions touchant le pouvoir & la qualité des Notaires ne laissent pas d'y être agitées. L'on considere principalement le contrôle lors qu'il s'a-

git de l'ordre & de la collocation entre creanciers jusques-là mesme que quelques-uns sont de ce sentiment qu'un contrat contrôlé quoy que sous signature privée produit hypotheque.

Cependant comme il peut arriver que deux Contrats ne seront point contrôlez, il ne sera pas superflu d'examiner quelle est nostre Jurisprudence sur ces questions. Les Notaires Royaux peuvent passer tous Contrats en leur détroit entre des parties qui n'y sont pas domiciliées, & bien qu'ils instrumentent hors leurs territoires, les contrats neanmoins ne sont pas nuls à cause du caractere qu'ils ont de personnes publiques, & ces Contrats étant munis du sceel Royal sont assez autorisez pour avoir force en tous les pays du Roy. Loyseau des Off. l. 1. c. 6. n. 96. ils sont seulement condamnables à la restitution des émolumens envers les Notaires, sur les fonctions desquels ils ont entrepris: Il est vray que par les Ordonnances de François I. & de Henry II. il leur est défendu d'entreprendre sur les limites les uns des autres à peine de nullité; mais ces Ordonnances entant que la nullité ne sont que comminatoires, & il seroit rigoureux qu'un Contrat d'importance fut déclaré nul, sous pretexte que les contractans n'auroient pas sçeu la separation des Justices.

Si les Notaires Royaux ne peuvent instrumenter hors leurs limites.

Les Notaires des Seigneurs n'ont pas ce mesme avantage, car n'ayant pas plus d'autorité que leurs Seigneurs, dont le Roy a borné le pouvoir à certains territoires, ils ne peuvent instrumenter hors leur détroit, parce que hors iceluy ils ne sont que personnes privées. Il leur a mesme esté défendu par des Arrests du Conseil, notamment par un rendu le 16 d'Aoust 1672. de recevoir à l'avenir aucuns Contrats qu'entre personnes qui soient resseantes & domiciliées dans le ressort de leurs Hautes-Justices & pour choses scituées en icelles: mais ces Arrests ne doivent avoir lieu que pour les émolumens, & lors que les Notaires des Seigneurs passent des Contrats dans l'étenduë de leur pouvoir, quoy que les parties n'y soient pas domiciliées, il n'y a point d'inconvenient que ces Contrats passez sous un sceel authentique, ayent leur effet sur les biens des contractans qui ont suby la Jurisdiction volontaire du lieu où ils ont esté passez, & qu'ils ont choisie pour leur propre commodité & non pour les interests des Notaires, & il seroit étrange que des personnes qui ont la liberté de faire telles conventions qu'il leur plaît ne pûssent pas choi-

Les Notaires des Seigneurs ne peuvent instrumenter que pour personnes domiciliées en leur ressort.

ſir un Notaire tel qu'il leur plaiſt, & que l'ayant à leur porte & à leur commodité ils fuſſent cependant obligez d'en chercher ailleurs, & ſouvent en des lieux éloignez. Il eſt vray que l'hypotheque ne dépend pas abſolument de l'intention des parties, & que pour faire la priorité & éviter les fraudes il faut y employer l'autorité publique ; mais le Roy ayant communiqué ſon pouvoir aux Seigneurs, on ne peut pas dire qu'un contrat ne ſoit pas authentique lors qu'il a eſté paſſé par un Notaire, auquel le Seigneur a commis l'autorité que le Roy luy avoit accordée, pourvû qu'il le faſſe dans l'étenduë de ſon pouvoir, les Arreſts rapportez par Berault, qui défendent aux Tabellions Subalternes de recevoir aucuns contrats que des domiciliés dans leurs détroits, ne prononçent pas de nullité pour ceux qui ne ſeroient pas paſſez entre domiciliez, ce qui n'eſt point contraire à l'Article *66.* de l'Ordonnance de 1539. qui ne permet l'execution des Contrats paſſez ſous d'autre Sceau que celuy du Roy, ſur tous les biens des obligez en quelque lieu qu'ils ſoient, qu'à condition qu'au temps de l'obligation ou contrat ils fuſſent demeurans dans le détroit ou Juriſdiction où leſdits Sceaux ſont authentiques, l'on convient qu'à l'égard de l'execution cette condition eſt neceſſaire, dautant qu'elle dépend de la Juriſdiction contentieuſe, laquelle ne ſe peut proroger eſtant limitée par le territoire, de ſorte que pour faire execution ſur la perſonne ou ſur les biens des obligez en vertu d'un Contrat paſſé ſous le Sceel d'une Haute-Juſtice dans une Juſtice Royale, il eſt beſoin d'une attache ou d'un *pareatis*, mais pour l'hypotheque il ſuffit qu'il ait eſté paſſé ſous un Sceel authentique.

Attache neceſſaire pour l'execution de certains contrats.

Pour les Contrats paſſez hors le Royaume par des François, devant des Notaires des Pays Etrangers, la foy publique & l'intereſt du commerce deſirent qu'ils produiſent hypotheque, ſous cette condition neanmoins que l'on ne puiſſe pas venir d'abord à la ſaiſie des biens d'un debiteur François, en vertu d'un Contrat paſſé ſous un Sceau étranger, mais ſeulement aprés que leſdits contrats auroient eſté ſcellez du Sceau Royal ou déclarez executoires dans le Royaume pour avoir hypotheque, aprés la reconnoiſſance du jour & datte que les contrats auroient eſté paſſez devant le Notaire Etranger. C'eſt le ſentiment de Fevret en ſon Traité de l'Abus, l. 4. c. 5. n. 8. en tout

cas cela doit avoir lieu pour les Contrats de mariage, qui sont non seulement du droit des gens, mais mesme en quelque sorte du droit naturel.

Il ne suffit pas que le Contrat soit signé d'un Tabellion, car l'Ordonnance & la Coûtume en l'Art. 527. parlant toûjours en termes pluriels, la signature de deux Tabellions & de deux témoins est necessaire, quoy qu'en plusieurs Provinces de France il suffise d'un Notaire & de deux témoins.

Si le contrat doit estre signé de deux Notaires.

Mais l'on a souvent agité cette question s'il y a nullité, lors que la minute ne se trouve signée que d'un Notaire quoy que tous deux ayent signé à la grosse qu'ils en ont expediée, par Arrest au raport de Monsieur des Hommets du 22 d'Avril 1676. entre Picquet & le Bret, un decret fut annullé parce qu'il avoit esté fait en vertu d'un contrat qui n'étoit signé que d'un Tabellion, nonobstant que le saisissant montrast une Sentence obtenuë pour servir de Titre nouveau, & qu'il fist aparoir de plusieurs certificats, par lesquels il estoit attesté que c'estoit un usage dans le Bailliage de Gisors de ne faire signer qu'un Tabellion. Il y avoit cela de particulier en l'Arrest de Picquet, que la minute ny la grosse n'étoient signées que d'un Notaire, & l'on aléguoit encore une autre nullité, sçavoir que le contrat n'avoit point esté scellé, & que partant l'on n'avoit pû le mettre à execution; & il se trouve des Arrests donnés depuis qui ont jugé que le défaut de signature de deux Notaires en la minute n'estoit pas considerable, lors que la grosse estoit signée de deux Notaires. S'il n'estoit question que d'une simple preference d'hypotheque entre deux creanciers, dont les contrats seroient contrôlez, mais dont l'un d'iceux ne seroit signé que d'un Notaire, ce dernier quoy qu'anterieur pour la dette, & pour le contrôle, ne laisseroit pas d'estre preferable. Il y a difference entre l'execution & la saisie requise, en vertu d'un contrat qui ne seroit signé que d'un Notaire, & une preference d'hypotheque en vertu d'un contrat contrôlé pour mettre un contrat à execution, & sur tout pour decreter, il faut que le contrat soit accomply dans toutes ses formes; mais pour acquerir une hypotheque il suffit que le contrat soit contrôlé, & l'hypotheque de celuy dont le contrat est le premier contrôlé l'emporte, quoy qu'il ne se trouve signé que d'un Notaire; car le contrôle seul suffit pour ac-

De la minute & signature des Contrats.

querir une preference d'hypotheque, & on ne laisseroit pas de l'avoir quand mesme le contrat ne seroit que sous signature privée. Cela fut tenu constant au Parquet de Messieurs les gens du Roy, en la cause de Mr Maistre Jean du Moutier Maistre des Comptes, & les sieurs Morin, le Maistre & Payiot : Ledit sieur du Moutier estoit apelant d'une Sentence, par laquelle on l'avoit debouté de la preference, quoy que le contrôle de son contrat fust anterieur, parce qu'il n'étoit signé que d'un Notaire, mais l'on estima que le defaut n'estoit point considerable, & que la preference d'hypotheque apartenoit au creancier, dont le contrat estoit anterieur, & l'arresté du Parquet fut reçû en l'Audience de la Grand'Chambre le 10 Fevrier 1684. & depuis la mesme chose a esté jugée ; mais il n'y auroit plus sujet de douter si l'on établit cette Jurisprudence, qu'il suffit que la grosse soit signée de deux Notaires. La mesme chose avoit esté jugée contre un nommé Noblet Tabellion.

Par l'Article 13. du Reglement de 1666. les Registres des Notaires & Tabellions doivent estre paraphez, mais on demande si ce défaut produiroit la nullité du contrat, ou en tout cas s'il empescheroit l'effet de l'hypotheque ? l'Ordonnance veut que les Contrats qui ne seroient point faits dans les formes soient nuls, cependant il ne seroit pas juste du ruïner l'effet d'un Contrat par ce seul défaut que si la faute commise par le Notaire en la fonction de sa Charge causoit la perte de l'hypotheque, il seroit juste qu'il fût responsable des dommages & interests; neanmoins Monsieur Loüet & son Commentateur, rapportent plusieurs Arrests qui les ont déchargés, l. N. n. 9. Mais par Arrest de ce Parlement, le contraire fut jugé au Rapport de Monsieur de Frenelle ; Monnier Tabellion, faute d'avoir signé la reconnoissance & de l'avoir fait signer à un témoin instrumentaire, fut condamné envers le nommé Peronne à luy faire valoir la rente dont étoit question en principal & arrérages. Il a encore esté jugé qu'un Tabellion étoit responsable de la faute de son associé, pour n'avoir fait signer la minute d'un contrat par les Tabellions. La Verge s'étoit rendu adjudicataire du Tabellionage de Roncherolles, appartenant à Monsieur le Duc d'Orleans, & depuis il associa Paulmier, lequel reçût un contrat de Mariage sans en avoir fait signer la minute par aucun Ta-

bellion, & ensuite il en expedia une grosse signée de luy seul: Les biens du sieur de la Broise ayant esté saisis réellement, la Demoiselle sa femme n'y pût estre colloquée de sa dot, parce que la minute de son contrat de Mariage n'ayant pas esté signée des Tabellions, elle n'avoit point d'hypotheque, c'est pourquoy elle avoit poursuivy les heritiers de la Verge principal Tabellion, pour luy faire valoir sa dot dont elle n'avoit pû estre payée par la faute de son associé, qui n'avoit point fait signer la minute du contrat par ledit Tabellion, le Viconte l'avoit jugé de la sorte, le Bailly avoit cassé la Sentence; sur l'apel il fut soûtenu que la Verge ayant choisi cet Adjoint il en devoit répondre estant seul adjudicataire, & comme Monsieur le Duc d'Orleans qui avoit la proprieté du Tabellionnage, en auroit répondu comme d'un fait d'Office, jusqu'à la valeur de son Tabellionnage, les heritiers de la Verge qui estoient ses garans ne s'en pouvoient défendre: Les heritiers répondoient que les fautes estoient personnelles, & qu'ils n'estoient point garands de l'insolvabilité de Paulmier. Par Arrest du 3 de Fevrier 1671. la Sentence fut cassée, celle du Viconte confirmée, & en ce faisant les heritiers de la Verge condamnez à faire valoir la dot.

Le Contrat doit estre signé en la minute par le Tabellion.

Il est encore du droit du Notaire de déclarer les hypotheques qu'il a lors qu'il reçoit un contrat, par lequel on affecte à d'autres dettes les biens qui luy sont hypothequez, autrement sa reticence luy est préjudiciable, & elle est presumée frauduleuse, suivant la disposition du Droit & les Arrests remarquez par Robert, l. 4. c. 14. & par Mr Loüet, l. N. n. 6.

Le Notaire doit declarer s'il a des dettes sur les biens que l'on engage.

En Normandie ce n'est pas assez qu'un Contrat soit passé devant Notaires pour acquerir hypotheque, il faut encor qu'il soit controlé. Cét Edit ne fut verifié en la Cour en l'année 1606. qu'avec beaucoup de difficulté, & aprés y avoir apporté plusieurs modifications, comme estant un Edit bursal, & suivant iceluy tous Contrats doivent estre contrôlez, autrement on ne peut acquerir hypotheque que du jour du contrôle, & par les modifications que la Cour apporta lors de la verification, elle ordonna qu'il seroit gardé pour les Contrats & obligations excedans 15 liv. de rente, & pour ceux qui excederoient 150 livres une fois payer, reservé les partages, decrets d'heritages, baux à ferme non excedans neuf années, traitez de ma-

riage & testamens sous seing privé, qui ne sont passez devant Notaires, & que le contrôle & enregistrement des Contrats se feroit dans quatre mois du jour & datte d'iceux, & aux lieux où ils auront esté passez & domicile des obligez, & sans qu'il soit besoin de les faire contrôler ailleurs; mais par un dernier Arrest en consequence de Lettres du jussion, une partie de ces modifications fut levée, & ordonné que l'Edit auroit lieu pour les Contrats excedans 50 liv. pour une fois payer, & baux à ferme excedans 50 liv. par chacun an, & sans y comprendre les adjudications & baux à ferme du Roy, des Communautez des Villes, des Pupilles, le surplus des modifications tenant pour les partages d'heritages & decrets, traittez de Mariages & testamens, lesquels demeurent pareillement exceptez.

Les Contrats doivent estre contrôlez dans les quatre mois de leur datte.

Le contrôle estant donc necessaire pour acquerir hypotheque, il s'est formé dans la suite plusieurs difficultez sur ce sujet, *primò*, à l'égard du lieu où le contrôle a esté fait, pour sçavoir si estant fait ailleurs qu'au lieu où le Contrat a esté passé, & où les parties avoient leur domicile, il peut acquerir hypotheque, l'Arrest de verification, ordonnant expressément le lieu où il doit estre fait pour être valable, on ne doit pas s'en servir lors qu'il a esté fait ailleurs.

Cét Edit n'ayant lieu qu'en Normandie, on doutoit autrefois si les Contrats passez hors cette Province pouvoient avoir hypotheque sur les biens scituez en Normandie, lors qu'ils n'étoient point contrôlez; mais comme c'est une regle generale que quand il s'agit de la forme, & de la solemnité d'un Contrat ou d'un Testament, il suffit pour le faire valoir qu'il soit fait selon toutes les formes requises par la Coûtume du lieu où il a esté passé. Il a esté jugé plusieurs fois que les Contrats passez à Paris ou ailleurs, où le contrôle n'est point étably, ne laissent pas d'avoir hypotheque sur les biens de Normandie, quoy qu'ils ne soient point contrôlez: Arrest en l'Audience de la Grand'Chambre du 21 de Janvier 1642. plaidans Bertout & Morlet, entre Rapinart apelant & Jeanne Daon intimée: La Cour confirma la Sentence qui avoit ordonné qu'un Contrat passé à Paris, non contrôlé auroit hypotheque du jour & datte d'iceluy, & afin que l'on n'en doutast plus, la Cour en a fait un Reglement, Art. 35. du Reglement de 1666. Au procez d'en-

Les contrats passez à Paris non contrôlez, ont hypotheque en Normandie.

tre Dame Marie Berruyer, veuve de Maistre Charles de Bretiniere, apelante de la sommation en decret des heritages ayant appartenu au sieur de Longueil, & acquis par son mary, & Maistre François le Meusnier, Banquier en Cour de Rome, demandeur en saisie réelle, l'on agita cette question, si un contrat passé à Roüen n'étant point contrôlé, mais employé dans une obligation posterieure passée devant les Notaires du Châtelet, ne portant point de Registre, doit avoir hypotheque sur les biens de l'obligé estant en Normandie, du jour de la reconnoissance de ce second contrat, ou s'il aura hypotheque du jour du contrôle seulement? Le fait étoit que Jacques Berruyer prêta au sieur de Longueil 35700 liv. qui furent constituées en 2222 liv. de rente par contrat passé à Paris en l'année 1653. qui ne fut contrôlé qu'en 1665. Un an aprés ce contrat, le Sr de Longueil étant à Paris emprunta du sieur Berruyer 350 liv. dont il luy fit son billet, dans lequel il déclara que c'étoit sans préjudice des 2222 liv. de rente, en quoy il reconnut s'être obligé par contrat passé devant les Notaires de Paris, laquelle rente il promettoit de garantir tant en principal qu'en arrérages; cette obligation ne fut reconnuë que le 20 Juin 1654. par devant les Notaires de Paris; mais cette reconnoissance ne portoit point de registre. En 1668. le sieur de Longueil vendit au sieur Berruyer la terre du Val aux Clercs, pour demeurer quitte de 1663 livres de rente, faisant partie de celle de 2222 liv. & par ce contrat il est subrogé seulement aux hypotheques du contrat passé à Roüen: En l'année 1678. le sieur le Meusnier creancier du sieur de Longueil pour 150 liv. de rente, fit saisir réellement cette terre du Val aux Clercs: La Dame Berruyer apela de tout ce qui fait avoit esté au decret. Entre les questions qui furent agitées, elle prétendit que suivant l'Article 135. du Reglement de 1666. le contrôle n'estoit point necessaire pour les Contrats passez à Paris, & qu'elle devoit avoir hypotheque de l'année 1654. que son contrat avoit esté reconnu à Paris, & quoy qu'originairement il eust esté passé à Roüen, neanmoins ayant esté reïteré & repeté dans un second contrat passé à Paris, que cela suffisoit pour luy acquerir hypotheque de ce jour-là: D'où elle concluoit qu'ayant acquis la terre du Val aux Clercs pour une dette anterieure, à celle pour laquelle on l'avoit saisie, le poursuivant

criées, estoit tenu ou de luy en consentir la distraction, ou de luy donner caution de la faire payer avant les frais du decret. Le sieur le Meusnier disoit qu'il estoit inutile, quant à present de répondre au pretendu contrat passé devant les Notaires de Paris, puis que cela se doit faire en la presence de tous les opposans, & lors que l'on tiendra l'ordre. Il dit neanmoins que le contrat ne portant point de minute, il seroit d'une perilleuse consequence de faire maistres de tous les biens de Normandie, deux Notaires de Paris ; que l'Article du Reglement ne doit avoir lieu que pour les contrats passez originairement à Paris, & non pour ceux passez en Normandie, quoy qu'ils ayent esté rapportez & énoncez dans un Acte expedié à Paris, & aussi l'on avoit si peu consideré cét Acte, que le sieur Berruyer s'estoit fait subroger expressément au contrat passé à Roüen. Par Arrest du 11 d'Aoust 1681. en la seconde Chambre des Enquestes l'on confirma ce qui fait avoit esté au Decret, & par ce moyen la Dame Berruyer fut deboutée de la distraction qu'elle demandoit, se fondant sur la priorité de son hypotheque, sauf à elle à s'opposer à l'ordre, les défenses des creanciers au contraire.

Reglement touchant le lieu où les contrats doivent estre contrôlez.

Et dautant que par l'Arrest de verification du contrôle, il étoit ordonné que le contrôle seroit fait aux lieux où les Contrats seroient passez & au domicile des obligez, plusieurs étoient dans cette erreur, que le contrôle devoit être fait non seulement au lieu de la passation, mais aussi au domicile des obligez, se fondant sur cette conjonctive *& domicile des obligez*, qui sembloit exiger necessairement un double contrôle. La Cour pour faire cesser cette ambiguité, par un Arrest donné les Chambres assemblées le 4 Juin 1612. & par l'Art. 134. du mesme Reglement de 1666. a déclaré qu'il suffit de contrôler les Contrats au contrôle du lieu où ils sont passez, ou au lieu du domicile de l'obligé. Il a mesme esté jugé en l'Audience de la Grand'Chambre le 29 du mois de Novembre 1639. que le contrôle fait en l'un des Sieges de la Vicomté estoit valable. Il ne suffit pas que le contrôle soit employé sur la grosse du contrat, il est encore necessaire que le contrat soit enregistré & inseré dans les Registres du contrôle, ainsi jugé par Arrest, au Rapport de Monsieur des Hommets le 4 de Mars 1672. entre Antoinette de Grainville apelante, & Robert le Tellier intimé, la Sentence dont estoit

Il est necessaire que le contrat soit inseré dans les Registres du contrôle.

âpel, confirmoit une saisie faite à la Requeste du Tellier, des fermages dont ladite de Grainville joüissoit pour ses dot & doüaire, mais voyant que la dette étoit anterieure de son doüaire elle chercha au contrôle, & rapporta un certificat que le Contrat du Tellier n'estoit point insinué aux Registres du Contrôle, surquoy sans entrer en la question principale, la Cour prononça qu'aprés qu'il estoit apparu de ladite attestation, ladite Grainville estoit préferable.

Apres la creation de l'Edit du contrôle les Etats demanderent particulierement, que les obligations pour marchandises fussent exemptes du contrôle, ce qui leur fut accordé par les réponses aux cahiers dés l'année 1615. & conformément à ces déclarations, on avoit toûjours exempté du contrôle les obligations d'entre Marchands & pour marchandises. Arrest en la Grãd' Chambre du 23 de Juin 1651. la Sentence qui avoit jugé le contraire fut cassée. Autre Arrest, le nommé N. aprés avoir vendu des bois à un particulier il revendit peu de tems aprés ces mêmes bois à un autre qui fit contrôler son contrat; sur la question de la preference entre ces deux Marchands, celuy dont l'obligation étoit contrôlée, fit juger devant les premiers Juges que son obligation étoit préferable, sur l'apel le premier acquereur soûtenoit que le contrôle n'étoit point necessaire vû qu'il s'agissoit d'un marché de bois qui ne devoit être consideré, que comme un meuble étant vendu pour être coupé; l'Intimé répondoit que par la Coûtume le Bois n'étoit reputé meuble s'il n'étoit coupé, que ne l'étant point c'étoit un immeuble, & que par consequent le contrat pour produire hypotheque devoit être contrôlé, par Arrest en l'Audience de la Grand'Chambre du 17 de Juillet 1642. la Sentence fut cassée, & le bois ajugé au premier acheteur.

1 Si les obligations pour marchandises sont sujettes à contrôle?

Cependant la mesme question s'étant offerte en la Grand' Chambre le cinq de Juillet 1658. on jugea le contraire sur ce fait, un Conroyeur & un Cordonnier demandoient le payement d'obligations conçûës pour marchandises qui n'estoient point contrôlées, & s'estant presentez au decret des heritages de leur obligé pour estre colloquez du jour & datte de la reconnoissance de leurs obligations, le Viconte les en avoit deboutez; sur leur apel le Bourgois soûtenoit sa cause par l'autorité de la réponse au Cahier des Etats, & par l'usage constant de

la Province : Maurry au contraire prétendoit que cela ne devoit avoir lieu que pour les gros Marchands qui tiennent livres, & non pour les Conroyeurs & ceux qui vendent en détail, parce qu'ils ne doivent pas être considerez comme des Marchands: Monsieur Huë Avocat General, ayant conclu pour les Intimez, la Cour mit sur l'appel les parties hors de Cour. Mais depuis les Consuls s'estant pourvûs vers le Roy ils ont obtenu une déclaration du 10. de May 1660. verifiée en la Cour le 5. de Juillet 1660. par laquelle les lettres de Change & Promesses entre Marchands sans aucune distinction des vendeurs ou acheteurs en gros ou en detail conçûës pour marchandises par eux œuvrées & non œuvrées, ameliorées ou non ameliorées sont exemptes du contrôle.

Un contrat contrôlé n'acquiert aucun droit sur les heritages vendus auparavant ledit contrat.

Bien que le contrôle donne l'hypotheque, il est certain qu'une dette contrôlée n'estend point son pouvoir, & ne peut affecter les heritages qui n'estoient plus en la puissance du debiteur au temps qu'il l'a contractée, & que l'acquereur ne peut estre dépossedé par celuy qui a contracté avec son vendeur depuis son acquisition, quoy qu'il eust fait contrôler sa dette, & que le contrat d'acquisition ne fust point contrôlé. La raison est que le contrôle est veritablement necessaire pour acquerir hypotheque, mais cette hypotheque ne peut être acquise que sur les biens dont le debiteur est saisi lors qu'il contracte, mais il ne peut affecter ny produire aûcun effet sur ceux qui luy ont appartenu, ny dont il n'avoit plus la possession ny la proprieté lors que l'on contractoit avec luy, cela a esté jugé par plusieurs Arrests. Arrest en la Chambre de l'Edit pour d'Alençon sieur de Mireville pour lequel je plaidois : autre Arrest en 1660. au Rapport de Monsieur Cornier, par lequel il fut jugé que l'on ne pouvoit decreter pour une dette posterieure, un heritage acquis auparavant encor que le contrat ne fust pas contrôlé, le contrôle ne concernant que l'hypotheque & non la proprieté.

Precaution dont doit user l'acquereur qui n'a point fait contrôler son contrat.

Si toutefois il arrive que l'acquereur soit dépossedé par une dette anterieure qui soit contrôlée, ou qu'il y ait des creanciers opposans en vertu de dettes anterieures & contrôlées, il n'aura son recours sur les deniers du decret, ou sur les autres biens du vendeur qu'aprés les dettes contrôlées. De sorte qu'un acquereur pour se maintenir en possession de son acquisition au pré-

judice

judice d'un contrat posterieur contrôlé, doit faire en sorte qu'il ne se presente aucun creancier qui ait une hypotheque anterieure: Et par Arrest du 8 de Janvier 1654. entre Laurens le Mot, appellant du Bailly de Longueville au Siege de Gournay, & le sieur des Hayes intimé, il a esté jugé que le tiers Coûtumier des enfans doit estre pris sur les derniers acquereurs, quoy que le dernier acquereur eust fait contrôler son contrat, & que les acquereurs précedens ne l'eussent point fait; le contrôle ne servant que pour l'hypotheque & non pour la proprieté, & quant à la proprieté des heritages vendus, un acquereur en devient proprietaire sans contrôle, & celuy qui les a vendus ne les peut plus hypothequer, quoy que les contrats de vente ne soient point contrôlez, car un acquereur voyant que son vendeur possede encore plus que le tiers de son bien pour le tiers de ses enfans, ne doit rien craindre, & il seroit étrange que ceux qui acheteroient par aprés ce qui restoit pour ce tiers, fussent plus asseurez que les premiers acquereurs, mais le contrôle est necessaire à ces premiers acquereurs pour leur recours en cas de dépossession.

Le contrôle ne sert que pour l'hypotheque, & non pour la proprieté.

L'on a souvent agité cette question, si lors que des obligez baillent à l'un d'iceux, une indemnité separément du Contrat, cette indemnité doit estre contrôlée, ou s'il suffit que le Contrat principal le soit? On a fait cette distinction que le contrôle est necessaire *ad agendum non ad excipiendum*, c'est à dire, que quand le porteur de l'indemnité agit par recompense sur les biens de celuy qui a baillé l'indemnité, en ce cas le contrôle de l'indemnité est necessaire, mais lors qu'il se défend par exception, & qu'il produit le fait de celuy au droit duquel on prétend l'obliger à payer la portion de la dette, pour laquelle il s'étoit obligé par le Contrat, en ce cas son indemnité peut operer sa décharge quoy qu'elle ne soit point contrôlée. Par Contrat du 15 de Juin 1615. Guillaume le Tortu, Jacques de la Riviere, David & Jacques de Rufeville, & Mᵉ Pierre le Houx, s'estoient obligez envers Demoiselle Catherine Roger en 214 liv. de rente, dont lesdits le Tortu, de la Riviere & Rufeville, avoient baillé indemnité audit le Houx, & ledit le Tortu, autre indemnité audit de la Riviere & de Rufeville, par un contrat du mesme jour. Au decret des heritages du le Tortu, de la Grayerie

Si les indemnitez doivent estre contrôlées.

representant le droit de ladite Roger, avoit esté colloqué en principal & arrerages de cette rente, & sur ce que les heritiers du Ruféville demandoient recompense de quelques arrerages par eux payez à l'acquit dudit le Tortu, les creanciers posterieurs dudit le Tortu, soûtinrent que bien loin de pouvoir être payez des arrerages, il devoit être condamné à payer les deux tiers de la somme reçûë par le sieur de la Graverie; il fut jugé de la sorte par le Vicomte de Vassi, parce que l'indemnité que le Tortu luy avoit baillée n'estoit point contrôlée: Sur l'appel lesdits Gilles & David de Rufeville; disoient que le contrôle n'estoit necessaire que pour agir & non pour exciper, *in agendo non excipiendo*, que les creanciers du le Tortu posterieurs à cette indemnité ne pourroient avoir plus de droit que luy, que s'il leur avoit demandé les deux tiers de cette rente pour l'avoir payée de ses deniers, ils auroient bien-tost excipé, qu'il n'avoit payé que ce qu'il devoit, n'ayant rien à leur demander en vertu de son indemnité; que le payement qui a esté fait au creancier est une quittance qui leur est commune & qui les décharge tous, n'ayant pas esté veritablement obligez à la rente, mais le Tortu seul; qu'en cette cause ils n'y estoient que comme défendeurs, & ils se défendoient par exception. Or il y a bien des choses qui sont reçûës par exception, pour lesquelles neanmoins on n'auroit point d'action; Jacques, David, Pierre & Marthe le Tortu, Madeleine & Catherine Mollet, filles de David Mollet, intimez, opposoient qu'ils estoient tous obligez par le Contrat, que l'indemnité ne leur pouvoit servir n'étant point contrôlée: Par Arrest en la Chambre de l'Edit du 5 d'Aoust 1654. la Sentence fut cassée & les Appelans déchargez, ainsi jugé, que plusieurs s'estant solidairement obligez à une rente dont un d'eux avoit baillé indemnité aux deux autres, le creancier de la rente ayant esté payé sur le veritable debiteur, les autres creanciers du debiteur ne peuvent en pretendre la repetition contre les autres coobligez, quoy que leur indemnité ne soit point contrôlée: Autre Arrest du 9 de Janvier 1659. entre Me Gedeon Fremont Prestre, Curé d'Esterville, appelant, & Gaspard de Cauvigny sieur de Colombiers intimé, par lequel on cassa la Sentence qui condamnoit ledit Fremont à la contribution pour une moitié de 40 livres de rente; à laquelle il s'é-

Du debiteur & des coobligez à une rente & de leur indemnité.

toit obligé solidairement avec un autre particulier, parce que son indemnité n'estoit point contrôlée, & ledit Fremont déchargé. Autre Arrest du 23 de May 1672. au Rapport de Monsieur Busquet ; deux particuliers s'estant solidairement obligez en 200 livres de rente, l'un d'iceux donna une indemnité à l'autre : le principal obligé ayant esté decreté ses creanciers demanderent à la caution recompense de la moitié de la rente, comme s'estant solidairement obligez, ne pouvant à leur égard se prevaloir de son indemnité, puis qu'elle n'estoit pas contrôlée : la caution répondoit que le principal obligé ne luy pouvant rien demander, les creanciers qui n'avoient pas plus de droit que luy ne pouvoient avoir d'action, & ayant son indemnité passée le mesme jour & devant les mesmes Tabellions, il n'avoit pas eu besoin de la faire contrôler, parce qu'il ne s'en servoit que par exception.

Divers Arrests sur l'indemnité.

Autre Arrest du 4 Juillet 1681. Lambert vendit une partie de ses heritages aux nommez Blondel & Mauger, qui ne firent point contrôler leurs contrats : Trubert ayant acquis posterieurement d'autres heritages de Lambert, il fit contrôler son contrat ; il fut troublé dans son acquisition par la veuve de Lambert qui demandoit le payement de sa dot & son doüaire, il fut contraint de luy abandonner son acquest, & pour sa recompense il attaqua Blondel & Mauger, quoy qu'acquereurs anterieurs, se fondant sur cette raison que leurs Contrats n'estoient point contrôlez, & ayant obtenu Sentence à son profit, Blondel & Mauger en appellerent à la Cour, où de Cahagnes leur Avocat representa que ne se défendant que par exception le contrôle ne leur estoit point necessaire ; qu'ayant eu l'avantage que la veuve ne les avoit point attaquez, & s'estant adressée au dernier acquereur, comme il luy est prescrit par la Coûtume, Trubert n'en pouvoit avoir de recours contr'eux, quoy que leurs Contrats ne fussent point contrôlez, parce qu'ils estoient sur la défensive, & qu'ils ne répondoient que par exception, le contrôle ne leur estant point necessaire en ce cas à l'égard de Trubert, dautant que lors qu'il avoit contracté avec Lambert les biens acquis & possedez par les Apelans ne luy apartenoient point, & n'estoient plus en sa possession. Vion répondoit pour Trubert que le contrôle donnant l'hypotheque, il estoit necessaire en

tous Contrats ; que si la veuve avoit saisi réellement pour le payement de sa dot, comme elle pouvoit le faire, les heritages acquis par les appellans, ils n'auroient pû s'y opposer ni la renvoyer sur Trubert ; car quoy que son Contrat fût posterieur quant à la datte, il estoit anterieur en effet à ceux des apelans, à cause du defaut de contrôle ; de sorte que la veuve en s'attaquant à luy n'avoit pû luy ôter ni luy faire perdre son droit de priorité, & qu'en tout cas l'ayant payé, il estoit subrogé à ses droits & à son hypotheque ; par l'Arrest la Sentence fut cassée, & Blondel & Mauger déchargez de l'action de Trubert.

Carbonnier avoit receu la dot de sa femme à la caution de Dumont son beaupere, & estant devenu insolvable, sa femme s'opposa au decret des heritages de Dumont pour estre payée de sa dot ; les creanciers de Dumont contesterent son hypotheque par cette raison, que son Contrat de mariage n'estoit point contrôlé ; car encore que les Contrats de mariage soient exempts du contrôle, cela ne s'entendoit qu'à l'égard du pere & des freres ; mais la caution de la dot estant une personne estrangere, on ne pouvoit acquerir hypotheque sur ses biens sans contrôle : la femme répondoit qu'il s'agissoit de l'execution de son Contrat de mariage, que la caution n'estant qu'accessoire l'obligation principale devoit estre reglée par la mesme Loy : Par Arrest en l'Audience de la Chambre de l'Edit du dix-huitiéme de Janvier 1642. on infirma la Sentence du Vicomte du Ponteaudemer, qui privoit la femme de son hypotheque du jour de son Contrat de mariage ; le Contrat par lequel le mary baille du fonds à sa femme pour le remploy de ses deniers dotaux qu'il a alienez, n'a pas besoin de contrôle. Langlois ayant baillé à Beschard sa femme trois vergées de terre pour remploy de sa dot, ce Contrat ne fut point contrôlé ; depuis Langlois ayant fait mauvais ménage, lors que sa femme voulut prendre possession de son remplacement, elle en fut empêchée par des acquereurs posterieurs de son Contrat, qui luy objecterent le defaut de contrôle. Par Arrest donné en la Chambre des Enquestes du 22 Mars 1629. au Rapport de Mr Auber, il fut jugé que ce defaut n'estoit point considerable, parce que c'estoit une dépendance & une execution du Contrat de mariage. J'ay remarqué que par la verification

Les Contrats de mariage sont exempts du Controle.

Le Contrat pour remploy de deniers dotaux n'a pas besoin de Contrôle.

de l'Edit du contrôle, les Contrats de mariage en sont exempts, à la reserve des clauses contenant des donations ; ainsi quoy que le contrôle ne soit pas requis pour la validité de la donation, il est necessaire pour l'hypotheque; Arrest du 13. de Decembre 1644. au Rapport de Monsieur de Bonshons en la Grand'Chambre, par lequel il fut jugé qu'une donation étoit sujette à contrôle, pour la Dame de Goderville curatrice de son mary, creancier du sieur de Pretreval, contre les sieur de Pretreval donataire, & le sieur de Pretreval dont les creanciers furent jugez preferables à la donation, quoy qu'elle fût anterieure, mais elle n'estoit point contrôlée.

Le contrôle n'est pas necessaire pour la validité des donatiōs, mais pour l'hypotheque.

Les Sentences & Arrests de Justice, & par consequent les Contrats & obligations reconnuës judiciairement n'ont point besoin de contrôle; On a fait neanmoins difference entre les reconnoissances volontaires, & les reconnoissances forcées & contestées; l'on appelle *reconnoissances volontaires*, celles qui se font lors que sans adjournement les parties viennent volontairement reconnoistre leurs faits devant un Juge ; & les *reconnoissances forcées*, lors que les parties sont adjournées par devant un Juge pour reconnoistre leurs faits : Arrest au Rapport de Monsieur de Brinon, du mois de Juin 1652. Les Contrats de mariage sont dispensez de la formalité du contrôle; mais par le Reglement de 1600. ils n'ont hypotheque que du jour qu'ils ont esté reconnus : Il a esté neanmoins jugé au Rapport de Monsieur Fermanel, le cinquiéme jour d'Aoust 1665. entre Jourdaine & Pierre, qu'un contrat de mariage, quoy que non reconnu, ne laissoit d'avoir hypotheque entre les enfans du jour du Contrat de mariage de leur pere, quoy qu'entr'autres personnes ils ne l'ayent que du jour de la reconnoissance, & que les deniers promis par un pere à sa fille en la mariant luy tenant lieu de legitime, avoient hypotheque du jour du mariage du pere.

Les Sentences & Arrets ne sont point sujets au contrôle.

Les Contrats de mariage n'ont hypotheque que du jour qu'ils sont reconnus.

Il a esté pareillement jugé par Arrest du sept d'Avril 1633. qu'encore qu'un Contrat de mariage n'eust esté reconnu, & que par consequent il n'eust hypotheque, neanmoins la femme n'estoit pas privée de remporter ses bagues & joyaux, ou la somme limitée par son Contrat, au préjudice des creanciers, parce que c'est plûtost une repetition de ce que la Coûtume ou l'usage

Parafernaux different de la dot.

ordinaire des mariages a estably que le payement d'une dette, le Reglement de 1600. n'estant que pour la dot & non pour les parafernaux. Cela me paroît équitable, lors que la femme reprend en essence ce qu'elle a apporté, mais lors qu'elle demande une somme au lieu de ses bagues & joyaux, c'est une dette qui n'est pas plus favorable que la dot, & pour laquelle elle ne peut avoir hypotheque qu'en vertu d'un Contrat authentique ; mais pour les parafernaux qui luy sont donnez par la Loy, elle n'a pas besoin pour les avoir que son Contrat de mariage soit reconnu.

Si la quittance de la dot promise par un Contrat de mariage doit estre reconnuë.

Mais est-il necessaire que la quittance de la dot promise par un Contrat de mariage authentique soit aussi reconnuë, & si n'estant que sous signature privée, elle ne doit estre mise en ordre que comme un fait privé ? c'est la maxime du Palais, que la quittance de la dot, quoy que sous signature privée, a hypotheque du jour du Contrat de mariage lors qu'il est reconnu, parce que le payement de la dot ayant esté stipulé par le mary lors qu'il en donne une quittance, l'on ne contracte pas sur luy une obligation nouvelle, mais on s'aquite & on se libere envers luy de celle que l'on avoit contractée par son Contrat de mariage : de sorte que la quittance n'est que l'execution de la promesse qui luy avoit esté faite.

Toute obligation a hypotheque du jour du decez.

Enfin toute obligation a hypotheque du jour du decez de l'obligé, encore qu'elle ne soit reconnuë ny contrôlée, suivant l'Article 135. du Reglement de 1666. Il est sans doute que quand il est question de preference d'hypotheque, la datte est absolument necessaire, & s'il n'y en a point le creancier en vertu d'un Contrat sans datte est mis le dernier en ordre ; mais ce defaut ne rend pas le Contrat nul, l'obligation & l'hypotheque sur les biens du debiteur ne laisse pas de subsister, comme il est decidé en la l. *cum tabernas 34. D. de Pign.*

La datte est necessaire aux Contrats pour la preference d'hypotheque.

Le Contrat estant perdu, il faut se faire autoriser par Justice.

Non seulement la perte du Contrat ou de l'obligation n'emporte pas celle de la dette, *dum manifestis probationibus eos debitores esse appareat, l. 1. C. de fide instrum.* mais mesme suivant nos usages, le creancier conserve son hypotheque : l'Article 119. du Reglement de 1666. permet à celuy qui a perdu son Contrat de se faire authoriser par justice, de lever un extrait sur la minute estant aux mains des Greffiers & Tabellions, l'obligé present

ou deuëment appellé, lequel extrait a même effet & hypotheque que la Grosse. L'usage du Parlement de Paris est contraire, le creancier n'a plus d'hypotheque que du jour de la nouvelle Grosse qu'il a levée.

CHAPITRE XIII.

De la preference entre les creanciers hypothecaires selon l'ordre du temps.

DAns le concours de plusieurs creanciers il s'agit ordinairement ou de la preference selon l'ordre du temps ou de la concurrence ou du privilege de leurs creances.

Lors qu'il s'agit de preference entre les creanciers, si leurs Contrats sont valables & en bonne forme, c'est une regle generale que *qui prior est tempore potior est jure, potior est in pignore qui prius credidit pecuniam, & accepit hypothecam. l. 11. D. qui pot. in pign.* Il n'est pas inutile de faire cette observation que l'on ne dit pas *qui prior est die, sed qui prior est tempore*, parce qu'il y a preference non seulement de jour, mais aussi d'heure & de moment, lors que ces divers tmeps sont marquez par les Contrats. *l. si fundus.* ʒ. *si duo D. de pign. & hypoth. glos. in l. si ex plurib.* §. *fin. de solut.* & l'Ordonnance enjoint aux Notaires de déclarer le temps que les Contrats ont esté passez, si ç'a esté avant ou aprés midi : que si les Contrats sont d'un mesme jour sans expression d'heure, les creanciers viennent en concurrence au sol la livre, comme estant d'un mesme titre. *l. si aliena res* ʒ. *si pluribus de pign. act.*

Les Contrats doivent porter jour & datte pour la preference.

Il faut observer cette difference notable entre les contrats de vente ou de donation & la constitution d'hypotheque, à sçavoir qu'aux Contrats de vente entre deux acquereurs qui ont acquis en divers temps une mesme chose d'une mesme personne, le premier en datte n'est pas preferé, mais celuy qui s'est mis le premier en possession. *l. quoties. D. de rei vindic.* Au contraire entre des creanciers hypothecaires, celuy qui possede

Les Contrats de vente, de donation, & la constitution d'hypotheque different.

Les Contrats de vente, de donation, & la constitution d'hypotheque different.

n'a pas la preference vertu de cette possession ; mais celuy qui a la plus ancienne hypotheque. La raison de la difference est que la constitution d'hypotheque est parfaite par la seule convention des parties, & sans aucune tradition. *L. 1. D. de pign. act.* Mais la vente n'est point parfaite que par la tradition, & la possession de la chose venduë, & c'est pourquoy la priorité du temps sans tradition, ne prevaut point contre celuy qui a un titre, quoy que posterieur ; mais qui a esté rendu parfait & accomply par la prise de possession de la chose venduë.

Quoy que cette regle de la priorité du temps, soit presque toûjours vraye, neanmoins la pratique & l'aplication en devient difficile en plusieurs rencontres comme on le verra dans la suite : Car il y a quelquefois de la peine à décider cette priorité ou posteriorité ; Papinien nous en fournit un exemple en la *L. 1. D. qui pot. in pign.*

J'avois promis une somme pour tenir lieu de dot, mais auparavant que je l'eusse payée le mary s'engagea de me la rendre aprés la dissolution du mariage, à quoy il obligea tous ses biens. Depuis je payé une partie de cette dot, mais auparavant que je m'en fusse entierement acquité, le mary contracta une nouvelle dette avec *Titius*, & ensuite j'achevé de payer la somme qu'u-j'avois promise. L'on demande si je suis préferable à *Titius?* L'on répond que je suis le premier creancier, car encore que ne partie de la dot que j'avois promise n'ait esté payée que depuis le contrat de *Titius*, toutefois il ne faut pas considerer le temps du payement *non esse observandum tempus numerationis, sed tempus contractæ obligationis.* Monsieur Cujas en son Commentaire sur cette Loy en rend cette raison que *pignus restituendo dotis rectè contrahitur non tantùm dote numeratâ, sed promissâ ; quia qui promissit non potest non numerare cum sit efficaciter obligatus, & qui contraxit efficaciter obligationem numerasse videtur.*

Il faudroit dire la mesme chose encore, que celuy qui avoit promis la dot ne fust point encore entré en payement, & qu'il n'eust commencé à acquiter sa promesse, qu'aprés que le mary auroit contracté avec *Titius.*

Mais si l'hypotheque n'avoit esté stipulée qu'en cas que je payasse une somme, comme il n'y auroit qu'une esperance de payement, & qu'il seroit en mon pouvoir de payer, ou de ne

payer

payer point, l'hypotheque ne commenceroit que du jour du payement, parce qu'auparavant il n'y avoit point d'obligation contractée : *Alia causa est ejus qui pignus accepit ad eam summam quam intra diem certum numerasset, ac forte prius quam numeraret alii res pignori data est dicta l. qui dotem. §. 1.* Surquoy Mr Cujas sur cette Loy nous a donné ces deux régles ; la premiere, que *facto vel perfecto contractu, quamvis nondum impletus sit observatur tempus dati vel conventi pignoris. Id est facti vel perfecti contractus, non tempus impleti contractus :* & la seconde, que *nondum constituta obligatione nullo modo spectatur tempus dati vel conventi pignoris, quia nulla esse intelligitur obligatio dati pignoris ante contractum.*

Chacun sçait qu'aux ordres de decret, le Seigneur direct & foncier est colloqué pour les arrerages de ses rentes Seigneuriales & foncieres, avant tous autres creanciers.

Le Seigneur est colloqué le premier pour ses rentes, & pour le treiziéme de la derniere vente.

L'on ne doute point qu'il ne marche aussi avant tous les autres creanciers pour le treiziéme de la derniere vente, mais il y a eu de la difficulté pour les treiziémes des precedentes ventes : par l'Article 358. de la Coûtume de Paris, les Seigneurs sont preferez à tous autres creanciers, pourvû qu'ils s'opposent au decret pour les profits feodaux & precedent l'adjudication:& c'est aussi le sentiment de du Moulin sur l'Article 50. de l'ancienne Coûtume de Paris, & la Jurisprudence du Parlement de Paris est fondée sur cette raison que la rente est dûë & le treiziéme aussi, *ab ipsa primæva rei concessione in censum tanquam ab immediata potentia sua causa originalis & productivæ* ; au contraire l'on dit que le droit ne commence à naistre que du jour de l'adjudication, & qu'il n'est acquis au Seigneur que de ce jour là, & non plûtost, autrement il seroit au pouvoir du Vassal par collusion avec son Seigneur de frustrer ses creanciers, en faisant plusieurs alienations d'un mesme fonds ; & c'est pour éviter cet inconvenient que par l'Article 144. du Réglement de 1666. le treiziéme de la vente faite avant le decret n'est pas payé en privilege, mais seulement en ordre & hypotheque du Contrat.

Le fisc n'a point de preference pour les amendes.

L'on a douté si cette régle de la priorité du temps devoit prévaloir sur le fisc, soit que son droit procedast de quelque cause odieuse ou penale, ou qu'il fût fondé sur quelque Contrat. Pour les droits qui procedent d'une cause penale, il a esté nettement decidé par plusieurs Loix, *omnium fiscalium pœnarum petitionem*

creditoribus postponi. l. in summa. l. quod placuit. D. de jure fisc. Et c'est aussi l'usage en France, que le Roy n'a point de privilege sur les biens des condamnez quant aux amendes, & que la collocation ne s'en doit faire que du jour de la Sentence ou de l'Arrest de condamnation ; cela a esté encore nouvellement jugé par un Arrest du Parlement de Paris, rapporté dans la troisiéme Partie du Journal des Audiences, l. 1. c. 16. entre Monsieur le Procureur General du Roy, & la veuve Dame du sieur de Chalais.

Mais il peut exercer le droit qui luy appartient comme feroit un particulier.

Cette preference que l'on donne aux creanciers anterieurs ne prive pas le fisc des droits qui luy appartiennent, & qu'il pourroit exercer comme un particulier, *quod placuit fisco pœnam non esse petendam, nisi creditores suum recuperaverint, Eo pertinet ut privilegium contra creditores in pœna non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat. d. l. quod placuit. D. de jure fisci.* De sorte que le fisc lors qu'il est creancier doit estre mis en ordre, suivant la datte de ses Contrats.

Diversité de Loix & de sentimens sur la preference du fisc.

Il y a neanmoins diversité de Loix & de sentimens sur le sujet de la preference du fisc. L'on convient universellement que celuy qui a stipulé une generale ou speciale hypotheque sur les biens d'un particulier est preferable au fisc sur tous les biens qu'il possedoit alors. *L. si pignus. §. D. qui pot. in pign. & l. si fundum. c. eod.* mais l'on pretend qu'il n'en est pas de mesme à l'égard des biens que le debiteur a acquis depuis, & que l'hypotheque du fisc prevaut sur iceux, & sur cette question il y a deux Loix formellement contraires : Par la *l. si quis. 28. D. de jure fisci*, quoy qu'un particulier ait obligé tous ses biens presens & à venir, neanmoins s'il contracte avec le fisc, les biens qu'il acquiert depuis luy sont affectez au préjudice de celuy qui avoit stipulé une hypotheque sur tous les biens presens & à venir, *si qui mihi obligaverat quæ habet habiturusve esset, cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita fiscum priorem esse debere.*

Au contraire, dans la *l. Titius. 20. D. qui pot. in pign.* il est expressement decidé que le creancier anterieur est preferable au fisc, sur les biens mesme acquis par le debiteur depuis qu'il avoit contracté avec le fisc. *Quæsitum est an Seia præferenda sit fisco & in illis rebus quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quæ post priorem obligationem adquisivit, donec*

universum debitum suum consequatur. Respondi nihil proponi cur non esset præferenda.

Monsieur Cujas en ses Observations l. 10. c. 22. a voulu concilier ces deux Loix par cette distinction, que quand quelqu'un aprés avoir contracté avec la clause d'une generale hypotheque, & s'estre ensuite obligé envers le fisc, acquiert d'autres biens, qu'en ce cas le fisc venant à concourir avec le creancier, parce que l'hypotheque sur ces biens acquis ne commence que du jour de l'aquisition, dans ce concours le fisc doit avoir la concurrence qu'il n'auroit pas euë si les temps des hypotheques avoient esté distinctement exprimez, *cum hypotheca incipiat à tempore adquisitionis, & in eo tempore concurrat fiscus cum privato, in concursu ipso prævertisse fiscum videri, qui distinctis hypothecæ temporibus priorem non prævenisset*, & que c'est le veritable sens de cette Loy. *Si qui*, Et pour la Loy, *Titius*, que le particulier anterieur au fisc doit estre payé avant le fisc, sur les biens que le debiteur possedoit au temps de l'obligation & qu'il a acquis depuis, mais toutefois avant qu'il eust contracté avec le fisc : *hæc lex intelligi debet de rebus quæ debitor habuit tempore prioris obligationis contractæ, vel quas post priorem obligationem adquisivit, antequam cum fisco contraheretur, non etiam in rebus quæsitis post obligationem fisci :* & c'est aussi l'interpretation qu'Accurse donne à cette derniere Loy.

Quand le particulier doit estre payé devant le fisc.

Mais cette interpretation me paroît entierement contraire aux textes de ces deux Loix, car dans l'une & dans l'autre Loy, le particulier avoit obligé tous ses biens presens & à venir, *quæ habebat, quæque habiturus esset*, & l'on n'y fait aucune difference entre les biens acquis avant ou depuis l'obligation du fisc, & neanmoins dans la Loy, *si qui mihi*, le fisc a la preference sur les biens acquis par le debiteur depuis son Contrat, & au contraire le Jurisconsulte en la Loy *Titius*, ne trouve pas qu'il y ait raison de douter que le creancier anterieur ne doive estre mis le premier en ordre sur les biens du debiteur, tant sur ceux qu'il possedoit au temps de l'obligation, que sur ceux qu'il a depuis acquis jusqu'à ce qu'il soit entierement remboursé de sa dette, & cette décision est beaucoup plus équitable que celle de la Loy, *si qui mihi :* car puisque l'on peut hypothequer tous ses biens presens & à venir, le fisc ne peut pas rendre cette stipu-

lation inutile ſur les biens acquis depuis ſon obligation; puiſque l'hypotheque des biens preſens & à venir eſt valable, ce qui détruit le raiſonnement de Monſieur Cujas, que l'hypotheque ne commence que du jour de l'acquiſition, & que cela fait un concours entre le creancier particulier & le fiſc.

Il n'eſt pas veritable que l'hypotheque ne commence que du jour de l'acquiſition, au contraire elle eſt acquiſe au creancier du jour de ſon Contrat, ayant pû la ſtipuler valablement ſur les biens que le debiteur poſſedoit comme ſur ceux qu'il acquerroit par aprés, & c'eſt pourquoy il faut ſe tenir aux termes de la *l. ſi fundum. C. qui pot. in pign.* ſuivant laquelle *privatus prior tempore præferatur fiſco in jure.*

Coquille ſur l'Article dixiéme Titre des Rentes & Hypotheques de la Coûtume de Nivernois, ne donne pas ſeulement la preference au fiſc ſur les biens acquis depuis ſon obligation; il eſtime auſſi que ſur les immeubles acquis par le debiteur depuis les hypotheques generales conſtituées, tous les creanciers doivent concurrer pour eſtre en meſme rang: il demeure d'accord cependant que l'opinion commune eſt que le plus ancien creancier doit eſtre preferé, mais il ſe fonde ſur cette raiſon que l'on ne peut hypothequer que ce qui eſt ſien, & que quand l'hypotheque commence à naiſtre ſur les biens acquis, tous les creanciers ſe trouvent en concurrence; mais on répond que celuy qui s'oblige eſt cenſé obliger tous ſes biens preſens & à venir.

Diſtinction de preference, quand la dette du fiſc réſulte d'une cauſe pœnale ou lucrative.

Mais du moins dans un cas douteux le fiſc ne doit-il pas concurrer avec les autres creanciers particuliers? L'opinion la plus commune eſt que ſi la dette du fiſc réſulte d'une cauſe onereuſe ou pœnale, il n'a point de prerogative comme je le viens de remarquer; au contraire, le creancier particulier luy eſt preferable; mais quand la cauſe eſt lucrative de part & d'autre, l'on doit donner la preference au fiſc. *Neguzantius de Pign. & hypoth. in 4. memb. 2. l. n. 117.*

Par la Declaration du mois d'Octobre de l'année mil ſix

cens quarante-huit, les biens des Financiers, mesme ceux donnez à leurs enfans sont sujets aux dettes du Roy, & luy sont tacitement affectez & hypothequez du jour qu'ils sont entrez dans les affaires, & l'on pretend mesme qu'il a la preference sur les acquisitions des Financiers depuis leurs traittez, par cette raison que l'on presume que les deniers du Roy sont entrez en ces acquisitions, ce qui fait son privilege.

Les biens des financiers sont affectez du jour qu'ils sont dans les affaires.

Et par Arrest du Parlement de Paris, rapporté dans la deuxiéme Partie du Journal des Audiences, l. 1. c. 47. une maison donnée par un Traittant à sa fille en mariage, fut déclarée hypothequée à la dette du Roy du jour qu'il étoit entré dans les affaires.

Il est vray que par une Declaration de l'année mil six cens soixante & cinq, les taxes faites sur les Traittans devoient estre payées par preference à tous creanciers, depuis le premier jour qu'ils estoient entrez dans les affaires, si ce n'estoit que les dettes sur les immeubles fussent jugées privilegiées, mais il y a lieu d'esperer de la Justice du Roy que cet Edit ne sera pas observé à la rigueur, parce que par le moyen de cette preference, plusieurs qui avoient presté leur argent de bonne foy s'y trouveroient ruinez.

Les taxes sur les Traitans preferent tous les creanciers.

Il y a certains cas où le temps qui doit régler l'hypotheque n'est pas certain, comme lors qu'il s'agit entre le fisc & la partie civile des amendes & des interests qui procedent de crime.

Pour decider cette difficulté, il faut examiner ces deux questions ; la premiere, de quel temps l'hypotheque pour crime doit commencer ; & la seconde, touchant la preference entre le fisc & la partie civile, & encore entre la partie civile & les creanciers posterieurs au crime.

Il est assez incertain dans la Jurisprudence Romaine & dans la Jurisprudence Françoise, de quel temps l'on en doit fixer l'hypotheque. Bien que suivant la pensée d'Hesiode, le crime & la peine qu'il merite soient d'un mesme âge & d'un mesme temps, parce qu'ils naissent

ensemble dans une même terre, & d'une même racine ; neanmoins quand il s'agit d'hypotheque, l'âge & le temps du crime precedent souvent celuy de la peine qui consiste en amende. *Nulla lex est*, dit Mornac en sa Preface sur le Titre *de Pign. & hypoth. ff. quæ specialissimè definiat quæstionem prælationis hypothecariæ in delictis, an à tempore admissi criminis illud esse debeat, an verò ab eo solùm momento quo sententia lata est.*

Ce même Auteur assure que de son temps les plus celebres Avocats du Barreau faisoient cette distinction, que pour les crimes atroces l'hypotheque devoit commencer du jour du delit, & pour les moindres crimes du jour de la condamnation. Cette distinction est sans fondement, & la pratique en seroit fort malaisée ; car outre que l'on ne s'accorderoit pas sur la qualité des crimes, encore que les amendes & les interests doivent estre moindres ou plus grands selon la qualité de l'action ; neanmoins quant à l'obligation que le criminel contracte, elle a toûjours un même principe à l'égard de la partie offencée, & par consequent l'hypotheque n'en doit pas estre differente.

L'explication de cette matiere est fort necessaire, parce que ces questions arrivent souvent, non seulement du côté du fisc & des parties civiles, mais même entre differens Receveurs, l'un au temps du délit & l'autre au temps de la condamnation, ou lors que celuy qui estoit Seigneur de quelque fief au temps du crime commis ne l'est plus au temps de la condamnation.

Nos Auteurs ne conviennent pas du temps où l'on doit fixer l'hypotheque pour les amendes & les interests qui sont adjugez à la partie civile. Plusieurs ne font commencer l'hypotheque du fisc que du jour de la condamnation, parce qu'avant cela le fisc ou ceux qui sont à son droit ne peuvent rien demander, la peine n'estant deuë qu'en consequence de la condamnation. *l. ex judiciorum. D. de accus.* La peine est comme un fruit qui est semé & qui n'est point encore perçû, & comme les fruits qui ne sont point perçûs n'appartiennent point à l'usufruitier. *l. defuncta. D. de usufr.* Aussi les amendes qui ne sont point encore jugées n'appartiennent point au Fermier ny à celuy qui possede le fief au temps du délit, mais au Fermier & à celuy qui est proprietaire du fief au temps de la condamnation. Du Mou-

lin en ses Notes sur le Conseil 7. d'Alexandre, vol. 3. Guy Papé Decis. 535. & cette opinion peut estre soûtenuë par l'Ordonnance de Moulins, Article 53. suivant laquelle l'hypotheque pour les choses jugées ne vient que du jour de la Sentence. La raison est qu'en vertu de la seule perpetration du crime le fisc n'a point droit de se mettre en possession des biens du coupable, *Non quæritur jus fisco licet delictum sequutum sit ad vindicanda bona. Nam hæc fiscus vindicat judicis officio, ob vindictam publicam, hæc propterea alienari possunt jure valido à delinquente etiam titulo lucrativo*, suivant le sentiment de Merlin, *de pign. & hypoth. l. 3. t. 3. q. 88. n. 11.* Il est certain que le fisc n'est point reputé creancier avant la condamnation, *l. si qua pœna, & l. aliud. §. inter. D. de verb. oblig.*

Le fisc n'est point creancier avant la condamnation.

Par la Coûtume de Troyes, Art. 120. tit. des Just. le Haut-Justicier a la confiscation des biens meubles & immeubles estant en sa Haute-Justice, au temps & heure de la déclaration de la confiscation, sinon que ladite déclaration dépende du crime de leze-Majesté.

Quand le Haut-Justicier a la confiscation des biens.

Au contraire, d'autres estiment que par la seule perpetration du crime, le coupable dés ce moment affecte & hypotheque tous ses biens au fisc. *l. quacumque actiones. D. de oblig. & act.* & par la l. derniere, *C. de Sent. pas. à tempore delicti orta est obligatio ad pœnam.* La pluspart des Anciens Interpretes de Droit ont tenu, que *reus ex die criminis contrahit, & in pœnam consentit ex quo assensu tacito cum obligetur; tempus obligationis inspiciendum est ubi agitur de jure acquirendo.* La Coûtume de Bretagne l'a decidé de la sorte, Art. 188. de l'Ancienne, & Article 178. de la Nouvelle. Surquoy Mr d'Argentré a écrit qu'il estoit fort utile de faire une Loy qui decidast cette question, puisque les sentimens estoient si differens, & que sans doute le criminel contractoit hypotheque du jour du délit & non du jour de la Sentence, & c'est la plus commune opinion. Tiraqueau, *de retr. Convent. §. 5. Gl. 4. n. 21. & sequ.* Chopin, *de Doma. l. 2. t. 5. n. 5. Boer. Decis. 5.* Grimaudet, l. 4. c. 32. du ret. lign. Ce qui semble avoir esté decidé par un Arrest du 30 Janvier 1619. sur une question meuë entre le Receveur du Domaine de Coutance & le Receveur du Domaine de Bayeux. Un crime avoit esté commis dans le territoire de la Justice de Coutance, mais par Arrest le procez fut renvoyé

devant le Juge de Bayeux, où il intervint une condamnation d'amende qui fut reçûë par le Receveur du Domaine de Bayeux, sur la repetition pretenduë par celuy de Coutance, elle luy fut ajugée, les parties estoient le Capelain & le Sage, mais cet Arrest ne decide pas entierement la question, parce que le crime avoit esté commis sous la Jurisdiction de Coutance, & que le procez y avoit esté commencé, & le Juge de Bayeux n'en avoit connu qu'en vertu du renvoy qui luy en avoit esté fait. Or lors que ces questions arrivent entre deux Receveurs, la pretention de celuy qui a fait tous les frais du procez où la plus grande partie me paroît la plus équitable.

Il y a des Docteurs qui pour concilier ces deux opinions, dont l'une fait commencer l'hypotheque du jour du crime commis, & l'autre du jour de la condamnation seulement, font cette distinction, que quand la Loy impose une peine certaine & ordinaire, la peine est reputée contractée dés le moment du délit. *Quia nihil restat in officio judicis, nisi ut declaret an tale delictum commissum sit, & an appellatio vel litis contestatio in jure fundata sit, & hoc casu facti quæstio est in potestate judicantis juris autoritas & potestas non est, l. ordine. D. ad municipalem.* Mais que quand la peine est arbitraire & qu'il est au pouvoir du Juge d'ordonner une peine ou de ne l'ordonner pas, comme en ce cas elle n'est acquise qu'en vertu de la Sentence, l'hypotheque n'en doit commencer que de ce temps là.

Distinction de l'hypotheque des amendes & des interests.

Suivant cette distinction, il faudroit faire difference entre l'hypotheque des amendes & l'hypotheque des interests: l'amende étant arbitraire & dépendant de la disposition du Juge, elle n'est deuë qu'aprés la Sentence, & par consequent l'hypotheque n'en peut commencer que de ce jour-là; mais pour les interests, bien qu'il soit au pouvoir du Juge d'en ajuger plus ou moins, toutefois lors qu'ils sont dûs necessairement, l'obligation en est contractée par la seule perpetration du crime. Cette distinction seroit fort commode pour decider les questions de l'hypotheque résultant de crime, si en France les peines n'étoient pas arbitraires; mais n'y ayant point de peine fixe & certaine, cette distinction sembleroit n'estre d'aucun usage.

Plusieurs autres Docteurs ont pris un troisiéme party; à sçavoir que l'hypotheque des amendes & des interests ne doit commencer

commencer que du jour de la contestation en cause ; *quia per eam quasi contrahitur. Glos. in l. 2. ʒ. fin. D. de pract. stipul.* & l'on peut dire qu'en matiere criminelle, la contestation est censée se faire par les Apeaux à ban, & par l'Annotation des biens. *Tunc quasi contrahunt. Neguz. 2. p. memb. 4. n. 116.* & par cet Arrest l'on fit commencer l'hypotheque du jour de l'action du Procureur du Roy.

Pour conclure cette matiere touchant l'hypotheque des amendes & des interests, l'opinion la plus commune & la plus veritable est à l'égard des amendes qui procedent *ex delicto*, que regulierement elles n'emportent hypotheque sur les biens du condamné que du jour de la condamnation, s'il n'y a Coûtume particuliere au contraire, comme celle de Bretagne Art. 178. de la nouvelle Coûtume, ou que ce fût pour crimes notamment executez, comme celuy de leze-Majesté, & autres dont l'atrocité est si grande, que du moment qu'ils sont commis la peine en est acquise.

Et à l'égard des réparations & des interests, que l'hypotheque en doit commencer du jour du délit, parce que l'injure estant faite, la réparation en est deuë dés le même temps, & la Sentence qui l'ordonne ne fait que la declarer & la liquider, parce que le coupable dés ce moment-là a contracté en quelque maniere avec la partie offencée.

Aprés cela, il est aisé de decider la question de la preference entre les amendes & les interests.

Il est certain par la disposition du Droit Romain que la condamnation qui procede de peine n'a point de privilege sur les biens du condamné, *In summa sciendum criminum fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi. l. in summa. 17. D. de jure fisci*, & par la l. 37. au même titre, elle n'est point plus privilegiée que les autres creanciers, *Quod placuit fisco pœnam non esse petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eò pertinet ut privilegium in pœna contra creditores non exerceatur.* L'on répond pour le fisc que ces Loix ne parlent que des creanciers qui sont anterieurs au crime, au préjudice desquels le fisc n'a point de privilege ; mais quoy qu'il n'ait point de privilege, & que tous les creanciers anterieurs luy soient preferez, non seulement quant à la peine, mais aussi pour toutes les actions hypothecaires,

lors qu'ils sont les premiers en datte, *l. 48. D. qui pot. in pign.* suivant la Note de Monsieur Cujas sur la Loy *in summa. de jure fisci.* Neanmoins lors qu'il y a concurrence du fisc, & d'un particulier, & que l'amende & les interests ont esté jugez par un même Arrest, tous deux doivent venir par un même privilege, & avoir par une concurrence égale ce qui leur a esté adjugé.

Les Interpretes du Droit ont agité cette question sur la *l. non puto. D. de jure fisci.* suivant laquelle *non delinquit is qui in dubiis quæstionibus facilè contra fiscum responderit*, & suivant ce principe, la question de la preference estant douteuse, l'on doit répondre contre le fisc. Le plus grand nombre de Docteurs a suivi la distinction de Jason que dans les causes onereuses le fisc doit avoir la preference, mais que les particuliers doivent marcher avant luy dans les causes lucratives. Or les amendes estant une cause lucrative, & les interests & réparations tenant lieu de dommage, les interests doivent l'emporter. Car quoy que le criminel engage & hypotheque ses biens par un même crime à l'amende & aux interests, neanmoins les interests sont preferables par cette raison, que la condamnation des interests n'est pas fondée seulement sur le crime, elle a pour cause le dommage que la partie offensée en reçoit, mais l'amende n'est jugée que pour avoir offensé le public. Or le fisc n'ayant en ce rencontre aucun privilege, & l'amende n'étant deuë qu'en vertu de la condamnation, la concurrence ne doit point estre admise, c'est le sentiment de Chopin *de Doma. l. 5. t. 29.* & dans la seconde Partie du Journal des Audiences du Parlement de Paris. l. 3. c. 11. l'on a rapporté un Arrest par lequel nonobstant la concurrence demandée par Mr l'Avocat General, les interests adjugez à la veuve & aux heritiers d'un homicidé furent preferez à l'amende, par cette raison que l'interest civil, quoy que jugé conjointement avec l'amende & par un même Arrest, étoit une dette de la succession du condamné que le fisc devoit acquiter *tanquam successor bonorum,* & par consequent le fisc n'estoit point preferable à la partie civile.

Quand le fisc n'est pas preferable à la partie civile.

Il faudroit neanmoins resoudre autrement si le fisc estoit demandeur pour des dommages & des interests ; par exemple,

si en commettant un crime le malfaiteur mettoit en même temps le feu en la Maison du Roy, comme en cette occasion le Roy auroit deux droits, l'un pour ses interests, & l'autre pour l'amende, il faudroit admettre la concurrence pour les interests entre le fisc & la partie civile. La contestation pour la preference peut encore arriver entre la partie civile & les creanciers posterieurs à la perpetration du crime.

Comme ce n'est pas assez pour acquerir une hypotheque d'avoir une obligation si elle n'est en bonne forme, aussi encore que celuy qui commet un crime contracte une obligation tacite, & affecte par ce moyen ses biens à l'amende & aux interests de la partie offensée, toutefois à l'égard d'un tiers cette amende & ces interests ne sont dûs que du jour que la demande en a esté faite, & que le crime a été rendu public & notoire. En effet il est certain que l'on peut prester & acheter de celuy qui a commis un crime, lors que l'on est en bonne foy & que l'on ignore que celuy avec lequel on contracte n'est plus en estat de disposer de son bien, comme je l'ay prouvé sur l'Art. 143. de la Coûtume de Normandie. Cela presupposé, si les Contrats faits avec ce criminel sont authentiques, ils seront sans doute preferables à l'amende & aux interests : car encore qu'il soit vray, comme je viens de le dire, que celuy qui offence quelqu'un devienne dés ce moment obligé envers luy pour les interests, & qu'il ait un droit acquis sur ses biens, & que la condamnation qui intervient ensuite n'ajoûte rien à l'obligation, *& declaret potius quàm aliquid de novo inducat*, ce raisonnement toutefois n'est point concluant ni decisif à l'égard d'un tiers qui a pû contracter valablement avec un criminel, lors que son crime estoit encore inconnu.

On peut acheter de celuy qui a commis un crime quand on est en bonne foy.

Il ne suffit donc pas assez que le criminel se soit obligé par son délit, cette obligation seule lors qu'elle n'est point renduë notoire ne produit point d'hypotheque ; il est donc necessaire qu'elle soit renduë publique ; mais on ne convient pas entierement comment le crime peut estre public, s'il est assez notoire par la plainte, ou s'il en faut venir jusqu'à l'annotation de biens qui est la veritable contestation en cause en matiere criminelle, car l'on peut dire que la plainte estant renduë au secret de justice n'est sceuë que des plaignans, & que souvent

ils en negligent long-temps la poursuite, de sorte que le crime demeurant caché on est toûjours dans la bonne foy, lors que l'accusation n'est point devenuë publique. Un particulier ayant commis un homicide en l'année 1646. il en fut informé d'office à la requeste du Substitut de Monsieur le Procureur General. Depuis les informations faites, le Febvre Sr de Tibouville contracta avec l'accusé, & depuis Marguerite Postel sœur de l'homicidé s'étant renduë partie on luy ajugea 800 livres d'interests : les biens du condamné ayant été saisis réellement, le sieur de Tibouville pretendit que la sœur ne pouvoit être colloquée que du jour de la condamnation ou du jour qu'elle s'étoit renduë partie : au contraire la sœur soûtenoit que son hypotheque luy étoit acquise du jour du crime commis, ou en tout cas du jour de l'action du Procureur du Roy ; ce creancier étant sans excuse pour avoir contracté depuis les informations faites : que par l'Art. 595. de la Coûtume de Normandie, les dépens ont hypotheque du jour de l'introduction du procez, à plus forte raison les interests sont dûs de ce temps-là, parce qu'ils sont plus favorables : la sœur ayant obtenu Sentence à son profit, les creanciers disoient pour moyens d'apel que la sœur dans la plus grande faveur ne pouvoit avoir hypotheque que du jour qu'elle s'étoit renduë partie, & qu'elle ne pouvoit profiter de la poursuite faite par le Procureur du Roy : de l'Epiney répondoit pour la sœur, que le contrat du sieur de Tibouville étoit nul ne pouvant être soûtenu par la bonne foy, puis qu'aprés des informations faites il n'avoit pû ignorer la qualité de celuy avec lequel il avoit contracté, & qu'il n'importoit point que la poursuite eust esté faite par le Procureur du Roy ou par elle, vû que pour rendre son contrat nul c'étoit assez que le crime eust été rendu public & notoire, que la sœur avoit pû pretendre son hypotheque du jour du crime commis, mais en tout cas qu'elle ne pouvoit luy être disputée du jour que le procez avoit commencé : par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre du 26 d'Aoust 1657. la Sentence fut confirmée.

On ne jugea pas la même chose en la cause de Jean le Perché ayant épousé Marguerite Cheron, apelante du Juge du Pont-l'Evêque, & le sieur de Heudreville intimé ; Le 27 de

Novembre 1651. la Demoiselle veuve du sieur de Maisons fut étranglée par les enfans de son mary à la complicité de plusieurs autres, & ensuite portée dans un étang, pour faire croire qu'elle s'y étoit precipitée. Le lendemain, les Officiers du Pont-l'Evêque s'y étant transportez sur le rapport qui leur en fut fait, ils dresserent leur procez verbal de l'état de ce corps; il est constant que le soupçon de cet homicide ne tomba point sur les veritables coupables, au contraire ils vivoient dans une entiere securité de leur crime, & se flattoient qu'ils demeureroient impunis; sur tout Jean de Maisons agissoit avec tant de securité de sa conscience qu'il contracta mariage avec Demoiselle Marguerite Cheron, depuis femme de l'Apelant, publiquement & avec toutes les formes requises, le 15 d'Avril 1652. mais comme il étoit mauvais ménager, sa femme fut obligée d'obtenir des Lettres de separation civile, qui furent enterinées, & en consequence les lots de son bien ayant été faits, elle fut envoyée en possession de l'un d'iceux au mois de Janvier 1653.

Jusqu'alors il ne tomba pas le moindre soupçon sur la personne de ce mari, & ce fut seulement en 1654. que sur quelques presomptions, il y eut decret de prise de corps contre luy, & n'ayant point comparu, par Arrest du 20 d'Aoust 1654. il fut condamné à mort par Contumace: Toutes les parties convenoient que toute l'instruction du procez avoit été faite à la requisition du Procureur du Roy, & que l'Intimé ne s'étoit rendu partie que le 17 d'Aoust 1654. c'est à dire trois jours avant l'Arrest.

Ce malheureux n'ayant pû se cacher aux yeux de la Justice, reçût enfin le châtiment de ses crimes: Le Receveur des amendes ayant fait saisir tous ses biens, & compris dans cette saisie les fruits du doüaire de sa femme, elle en obtint mainlevée par Ordonnance de Mr Auber Conseiller Commissaire. Depuis l'Intimé s'étant rendu apelant de l'enterinement des Lettres de separation & de la Sentence qui l'envoyoit en possession de son lot à doüaire, par Arrest du 29 de May 1664. la Cour sur l'enterinement des Lettres de separation, declara l'Intimé non recevable à son apel, & sur la choisie des lots on ordonna qu'il seroit procedé à faire de nouveaux partages pour

en être choisi deux par les creanciers, & cependant que la veuve auroit la joüissance du second lot jusqu'au jour de Noël prochain, & qu'on luy rendroit les augmentations qu'elle avoit faites sur son lot.

Le crime commis avant le mariage n'exclud point le doüaire de la femme en bonne foy.

Suivant cet Arrest, il faut tenir que le crime commis avant le mariage, (mais dont le mary n'étoit pas encore soupçonné) n'exclud point la femme qui étoit en bonne foy, d'avoir un doüaire sur les biens d'iceluy, & que l'hypotheque des interests ne commence point du jour du délit, au préjudice de ceux qui ont contracté de bonne foy avec le coupable.

Depuis cette même femme s'étant presentée à l'ordre des deniers provenans du decret des biens de son premier mary, pour être colloquée de sa dot; le sieur d'Eudreville soûtint encore que les interests devoient être payez auparavant, & le Juge avoit ordonné qu'il seroit colloqué du jour de la plainte; sur l'apel cette femme disoit que le Juge avoit voulu couvrir son injustice par l'ambiguité des termes de sa prononciation, ayant ordonné que le sieur d'Eudreville seroit payé du jour de sa plainte, bien qu'il n'en eust point donné, & que les informations eussent été faites d'Office, & qu'il ne se fust declaré partie que trois jours avant la condamnation, que ce n'étoit donc que de ce jour-là seulement que son hypotheque pouvoit naistre, ne pouvant se prevaloir des informations faites d'Office, puis qu'elles n'étoient point faites contre son mary, & qu'en ce temps-là on n'avoit pas le moindre soupçon contre luy; que cette question avoit été decidée par l'Arrest pour le doüaire, & qu'en tout cas le sieur d'Eudreville ne pouvoit avoir hypotheque que du jour que ledit de Maisons avoit été decreté en prise de corps, ce qui n'avoit été fait qu'aprés son mariage: par Arrest du 9 de Decembre 1666. la preference fut ajugée à la veuve.

La difference de cet Arrest avec le precedent donné au profit de la sœur peut être que dans le premier l'information faite à la Requête du Procureur du Roy étoit directement contre le coupable; ainsi la chose étoit notoire, & ceux qui luy avoient prêté de l'argent n'étoient plus en bonne foy: Mais au dernier dans les premieres informations non seulement de Maisons n'étoit pas accusé du crime, il n'étoit pas même soupçonné, & le mariage avoit été celebré dans la bonne foy, & l'accusation &

le decret de prise de corps étoient posterieurs. Le Parlement de Paris semble avoir jugé le contraire par un Arrest raporté par Montelon, Arrest 19. Un homme ayant tué sa premiere femme, le pere de cette femme luy fit faire son procez, & le fit condamner en deux mille écus de réparation : Dans l'intervalle du crime commis & de la condamnation, le criminel contracta un second mariage. Cette seconde femme demanda d'être preferée pour son doüaire à la partie civile. On luy objectoït que quand elle auroit contracté mariage de bonne foy, elle ne seroit pas bien fondée à cette preference ; la fille du défendeur ayant été mariée avec le criminel avant qu'il eust épousé la demanderesse, que ce mariage n'avoit été dissous que par le meurtre de sa fille, le délit donc avoit precedé le mariage de la demanderesse, par consequent tout ce que le criminel avoit pû faire depuis étoit nul, *cum secuta sit condemnatio :* ce qui étoit d'autant plus certain dans cette espece où il étoit question d'une convention faite avec cette femme par le criminel, à laquelle le crime avoit donné lieu, parce que si le premier mariage n'avoit été dissous par le meurtre de la premiere femme, le criminel n'auroit pû faire aucune convention de mariage avec cette seconde femme : ainsi elle ne pouvoit être payée de ses conventions auparavant que le crime qui avoit donné lieu à ces conventions ne fût expié: La demanderesse se défendoit par son ignorance qui établissoit sa bonne foy ; qu'il avoit été jugé par plusieurs Arrests que l'on ne vient en hypotheque pour des interests résultans de crime que du jour de la condamnation ; que la seule hypotheque pour une réparation est celle qui vient *ex judicato*. Le délit n'en portant aucune, & étant incertain si celuy qui est accusé sera condamné. Par Arrest il fut ordonné que le défendeur seroit preferé à la seconde femme pour sa réparation. Cet Arrest est conforme à la distinction que j'ay remarquée cy devant, que quand les interests sont dûs necessairement, & qu'il n'y a que le plus ou le moins qui soit à l'arbitration du Juge, l'obligation est contractée par la seule perpetration du crime, & que par consequent l'hypotheque doit commencer de ce jour-là : mais aparemment le motif de cét Arrest fut la grande faveur des interests ajugez au pere, & que cessans le meurtre de la premiere femme, le criminel n'auroit point

Les interests sont dûs du jour de la perpetration du crime.

été en état d'époufer cette feconde femme ; & l'on peut dire que fouvent en ces matieres *multa oriri poffunt quæ pro bono & æquo funt æftimanda arbitrio judicis.*

En effet, par un autre Arreft du même Parlement l'on jugea une concurrence fur ce fait. Une femme ayant été tuée, le foupçon tomba fur un Maréchal fon voifin, qui fut mis à la queftion & traité fi rudement qu'il en mourut. Quinze ans aprés, celuy qui avoit commis cet homicide ayant été condamné pour un autre crime, il confeffa à la potence qu'il avoit tué cette femme. La veuve du Maréchal ayant obtenu une réparation de 400 liv. fur les biens du coupable, elle pretendit être payée avant les 300 liv. ajugez à la veuve de celuy qui avoit obtenu la condamnation de mort : La caufe ayant été plaidée par Arreft raporté par Goujet en fon Traité des Hypotheques, il fut dit qu'elles feroient payées par déconfiture fur les biens du condamné.

Mais hors ces cas particuliers, il feroit à propos d'établir cette régle, que l'hypotheque des interefts ne commenceroit que du jour que la plainte auroit été renduë notoire & publique, ce qui ne peut être que par les Apeaux à ban, ou par l'Annotation des biens, pourvû toutefois que les Contrats faits avec le coupable depuis fon crime commis fuffent fans fraude, & que ceux qui ont contracté avec luy n'euffent point connoiffance du crime.

J'ay remarqué fur l'Article 145. de la Coûtume de Normandie un Arreft par lequel il a été jugé qu'encore que les fruits de la premiere année d'un condamné à mort appartiennent au Roy ; neanmoins les frais de l'inftruction du procez étoient pris auparavant. Ce qui a été confirmé par l'Article 25. du Reglement de 1666.

Les frais de l'inftruction du procez vont avant le fifc pour crime.

Monfieur le Bret, l. 3. c. 10. dit que le fifc a la preference fur tous les creanciers chirographaires, bien qu'ils foient anterieurs en datte, jufques-là même que fi aprés avoir fait la difcuffion des biens du debiteur il fe trouve infolvable, le fifc peut en vertu de fon privilege fe faire rendre par le creancier chirographaire tout ce qu'il a reçû auparavant, *l. 5. c. de Privil. fifci,* mais que le fifc ne peut fe fervir de ce privilege contre les creanciers hypothecaires qui font plus anciens, *nam qui prior*

eft

est tempore potior est jure, c'est la disposition expresse du titre du Code, *Pœnis fiscalibus creditores anteferri*, de sorte que les creanciers ne souffrent point de préjudice par le crime que leur debiteur commet, & ils ne perdent point leurs hypotheques étant toûjours preferez au fisc. Les creanciers hypothecaires sont preferez au fisc.

L'on excepte toutefois le crime de peculat : car en ce cas l'amende pecuniaire, *non est mera pœna, sed magis respicit id quod interest, & videtur Rex aut Respublica esse loco creditoris, qui id quod sibi abest persequitur :* Ce qui pourtant ne doit pas être étendu au quadruple, suivant l'opinion de Coquille, question 13.

Lors que deux dettes sont fondées sur un même titre, & qu'elles procedent d'un même Contrat, admettra-t'on à la preference ou à la concurrence? Par exemple, s'il y a plusieurs legataires par un même testament, la preference sera-t'elle donnée au premier nommé, ou bien tous ces legataires seront-ils payez par concurrence ? Il est certain que le premier nommé ne peut se prévaloir d'aucune prerogative du temps, parce que le droit de tous est égal, *nec enim ordo scripturæ spectatur, sed potius ex jure sumitur; id quod agi videtur. l. nec enim. 6. D. de solut. l. quidam. D. de pecunia leg.* Or l'intention du testateur a été vray-semblablement que la condition des legataires fût égale. Les legataires sont payez par concurrence.

L'on peut former la même question lors que l'hypotheque de deux creanciers commence par un même Contrat ; doit-on considerer l'ordre de l'écriture, & donner la preference à celuy dont il est parlé le premier ? Il faut répondre comme dans la question precedente, que la preference peut avoir lieu *in actibus successivis, quando non in solidum vel conjunctim concurrere non possunt, secus in illis actibus qui simul concurrere possunt*, comme entre plusieurs creanciers d'un même debiteur, *qui per se & principaliter jus suum habent*, & qui par consequent doivent concurrer & être admis également. Car dans les Contrats qui se passent dans un même moment & par un même acte, il ne peut y avoir de premier & dernier. *D. l. nec enim.* Tronçon sur l'Article 107. de la Coûtume de Paris, a remarqué un Arrest donné en faveur de Mr Brisard, par lequel son Contrat fut jugé preferable pour avoir été enregistré le premier ; mais l'enregistre-

ment n'eſt point ſuffiſant, pour acquerir une preference non plus que l'ordre de l'écriture.

Si le doüaire eſt preferable à la dot.

Lors que l'hypotheque de la dot & du doüaire procedent d'un même Contrat, l'on y rencontre la même raiſon de douter : Cette queſtion eſt celebre, & la déciſion n'en eſt pas uniforme par tout : nos maximes en Normandie ſont oppoſées à celles du Parlement de Paris.

Le Contrat de mariage paſſé devant Notaires, ou reconnu donne à la femme hypotheque du jour.

Ce qui fait la difficulté pour le doüaire, eſt que la femme pour ſes autres conventions de mariage a ſans contredit une hypotheque du jour que le Contrat de mariage a été paſſé devant Notaires, ou qu'il a été reconnu en Juſtice : Mais pour le doüaire Coûtumier qui luy appartient par l'autorité de la Loy, puis que ſuivant la diſpoſition de la pluſpart des Coûtumes de France, il ne ſe gagne que du jour des épouſailles, ou au coucher comme le diſpoſe celle de Normandie, Art. 367. & qu'il ne luy eſt pleinement acquis qu'aprés ces actes-là ; il ſemble qu'elle ne le puiſſe avoir plûtoſt, quelque paction que les contractans puiſſent faire au contraire, & il faut s'arrêter au temps limité & prefix par la Loy. Tronçon ſur l'Art. 248. de la Coûtume de Paris, & de la Lande en ſa Preface, ſur le Titre du Doüaire de la Coûtume d'Orleans, ſe ſont apuyez ſur cette raiſon pour mettre de la difference entre le doüaire Coûtumier & le doüaire prefix, & ils ont eſtimé que le doüaire Coûtumier n'a ſon hypotheque que du jour de la benediction nuptiale, mais que l'hypotheque du doüaire prefix commence du jour du Contrat de mariage reconnu, ou paſſé devant Notaires.

Mais il faut diſtinguer entre l'hypotheque du doüaire, & le temps que la femme le gagne, & qu'il luy eſt parfaitement acquis. Il eſt vray que la Coûtume de Normandie n'accorde le doüaire qu'aprés le coucher, mais elle n'a pas défendu d'en ſtipuler l'hypotheque du jour du Contrat de mariage, en cas que la femme accompliſſe la condition qui luy eſt impoſée pour le gagner. Cette difficulté ne peut naître que quand il n'y a point de Contrat de mariage, & par conſequent point de ſtipulation de doüaire, ou bien lors qu'il y a un Contrat, mais que le mary n'a point gagé doüaire par iceluy, & que la femme n'en a point ſtipulé : en ce cas le doüaire n'étant dû que *ex vi conſuetudinis*,

S'il n'y a point de Contrat de Mariage la femme n'eſt pas privée de ſon doüaire.

l'hypotheque n'en peut commencer que du jour que la femme le gagne.

L'on fit cette distinction par l'Arrest rapporté par Monsieur Bouguier, l. D. n. 1. & l'on tint pour maxime que le Doüaire Coûtumier introduit par l'Article 248. de la Coûtume de Paris qui est la moitié des heritages que le mary tient & possede au jour des épousailles & de la benediction nuptiale ne s'entend que lors qu'il n'y a point de Contrat de mariage ; mais lors qu'il y a une stipulation expresse par un Contrat de mariage, ce droit de Doüaire Coûtumier remonte jusqu'au jour du Contrat pour le pretendre par la femme sur les biens du mary de ce jour-là au prejudice du creancier, qui auroit contracté depuis, & entre les deux temps sçavoir des épousailles & du contrat.

Et cette même distinction sert à expliquer la *L. tali facta stipulatione, 48. de jure dot. D.* qui sembleroit contraire : *Decem in anno proximo dotis nomine dari spondes, quæsitum est annus ex quo tempore numerandus, utrùm ex die stipulationis factæ, an ex eo die quo dos esse potuisset. i. nuptiarum : & responsum est ex die nuptiarum annum esse numerandum.* On peut bien inferer de cette Loy que le doüaire n'est dû que *ex eo die quo doarium esse potuit* ; mais pour l'hypotheque elle a pû commencer du jour de la stipulation.

Suivant ces raisonnemens & ces autoritez on a decidé toutes les difficultez que l'ambiguité de ces paroles, *la femme gagne son doüaire au coucher*, avoient fait naître : Car étant souvent arrivé que dans l'intervalle du Contrat de mariage & de la celebration d'iceluy, le mari avoit constitué des rentes, vendu ou engagé ses heritages, les creanciers & les acquereurs faisoient valoir ces paroles à leur avantage & pretendoient que la femme ne gagne son doüaire qu'au coucher, & que comme il ne luy est dû que sur les biens dont il est saisi lors des épousailles & aux charges de droit, elle ne peut le prendre sur les biens dont il s'étoit dessaisi ou qu'il avoit hypothequez, qu'en contribuant aux dettes. Et cette pretention étoit dautant plus favorable que souvent les deniers empruntez par le mary avoient été employez pour les frais des noces & pour acheter des hardes à sa fiancée.

Cette difficulté a paru si grande à Me Josias Berault que sur

les Articles 365. & 367. ses sentimens se trouvent contraires : sur l'Article 365. il résout que le doüaire n'a hypotheque que du jour de la celebration, & pour confirmer son avis il allegue l'Arrest donné entre Gondoüin & Auber le 19 de Juillet 1630. Et sur l'Article 367. il estime qu'avenant le coucher le doüaire n'est pas seulement acquis du jour des épousailles, mais du jour du contrat ; neanmoins il ajoûte que plusieurs tiennent que le doüaire prend son hypotheque du jour de la celebration, & que si depuis le Contrat de mariage le mari avoit vendu ses heritages, sa veuve ne pourroit y pretendre doüaire, & toutefois qu'on alleguoit un Arrest contraire pour la Demoiselle de l'Epine contre le sieur de Briqueville.

Il est certain qu'autrefois on faisoit cette distinction *an longo tempore post conscriptas tabulas subsecuta sit solennitas matrimonii & concubitus ?* Et que quand il y avoit un intervalle considerable le doüaire n'avoit hypotheque que du jour de la celebration ; Et il fut jugé de la sorte en la Chambre de l'Edit le 2 de Juin 1606. pour le sieur Gilain contre la Demoiselle de Freville, parce qu'il y avoit sept mois d'intervalle entre le contrat & la celebration du mariage.

Mais depuis on a tenu indistinctement que l'hypotheque du doüaire est acquise du jour que le contrat de mariage a été reconnu. Cette question fut decidée en la Chambre des Enquêtes au rapport de Monsieur de Vigneral le 14 d'Aoust 1645. & les motifs de cet Arrest furent : *primò*, parce que tout contrat parfait & solennel a son hypotheque & son effet du jour qu'il a été passé. *Secundò*, que si lors que le pere consent au mariage de son fils la femme a doüaire sur son bien du jour du contrat, à plus forte raison il luy appartient sur les biens de son mary. *tertiò*, à cause des inconveniens qui en arriveroient ; un homme pourroit engager tout son bien dés le lendemain de son contrat de mariage, & par ce moyen la femme seroit privée de son doüaire. Ces paroles donc du jour des épousailles n'ont lieu que quand il n'y a point de contrat de mariage ou qu'il n'a point été reconnu, qui est la veritable espece de l'Arrest de Gondoüin, & sur laquelle Maistre Josias Berault n'a pas fait de reflexion & dont voicy l'espece : Auber par son Contrat de mariage sous signature privée avoit gagé doüaire à Marie Roger sa femme sur

La femme n'a son doüaire que du jour des épousailles, s'il n'y a point de contrat.

les biens dont il seroit saisi lors de leurs épousailles, dans l'intervalle de ce contrat & de la celebration il se constitua en 20 livres de rente envers un des parens mesme qui avoit signé à son contrat de mariage, & même alors les bans avoient été déja publiez. Depuis les biens du mary étant saisis & ajugez, le creancier de cette rente soûtenoit qu'il étoit preferable au doüaire, le contrat de mariage n'étant que sous signature privée. On luy objectoit qu'il ne pouvoit se prévaloir de ce defaut ayant signé à ce contrat, & par consequent ne le pouvant ignorer, & d'ailleurs la publication des bans l'avoit rendu notoire; neanmoins par l'Arrest vû le defaut de reconnoissance le creancier fut preferé; plaidans Giot & Coquerel.

Mais en donnant cette hypotheque à la femme du jour du contrat, il en résultera cette difficulté, s'il étoit échû au mary quelque succession collateralle depuis le contrat, & toutefois auparavant les épousailles, la femme pourroit-elle y avoir doüaire, où seroit-elle preferable à un creancier posterieur à son contrat de mariage sur les biens de cette succession collaterale? Car on peut dire que si la femme veut que le droit de doüaire luy soit acquis du temps de son contrat de mariage, & que son mary ne puisse diminuer à son préjudice mesme auparavant les épousailles les immeubles dont il étoit saisi, par la même raison puis qu'il n'étoit point saisi de cette succession collaterale au temps du contrat, elle n'y doit rien avoir; & comme il est certain que pour emporter doüaire sur une succession collaterale, il faut qu'elle soit arrivée au mary avant les épousailles, le creancier qui contracte avant ce temps pretend avec raison qu'il est anterieur & qu'il la doit preferer: On répond que la stipulation du doüaire portée par un contrat authentique n'a pas seulement son hypotheque & son effet sur les biens qu'il possede alors, mais aussi sur ceux qu'il possedera au temps des épousailles, & on presume que l'intention des contractans a été d'assigner doüaire sur tous les biens qu'il possedera au temps du contrat & des épousailles, & cette stipulation étant anterieure à la dette du creancier qui a contracté depuis, & affectant les biens presens & avenir du mary jusqu'au jour des épousailles, elle opere une preference en faveur du doüaire, & par cette même raison de faveur, encore que le contrat de mariage eust été

passé auparavant la Coûtume Reformée, & en un temps où les enfans n'avoient point de tiers coûtumier, toutefois la celebration du mariage ayant esté faite depuis la reformation on l'a donné aux enfans.

Cette question fut decidée en l'année 1615. en la Chambre des Enquestes, entre une femme nommée le Magnen veuve de Jean Martine, & Jean Martel acquereur des heritages dudit Martine, & il fut dit par l'Arrest que la femme auroit doüaire sur les heritages échûs audit Martine de la succession de ses freres : quelques-uns des Juges se fonderent particulierement sur ce que par la Coûtume le frere aisné est saisi de l'entiere succession de ses pere & mere, & qu'il en fait les fruits siens jusqu'à ce que partage luy en soit demandé par ses puisnez, & s'ils ne demandent rien il demeure seul seigneur & proprietaire de la succession : De sorte que l'on peut dire qu'il en estoit saisi au temps du Contrat de mariage lors que les freres ne luy ont point demandé partage ; il y avoit aussi cela de particulier que les heritages dont il estoit question estoient situez dans la Coûtume de Caux, où l'aisné a la faculté de rembourser le tiers des puisnez ; ce qui le rend en quelque sorte proprietaire, puisque malgré ses puisnez il peut en conserver la possession en leur baillant de l'argent ; ainsi par la mort des puisnez qui n'ont point demandé partage il n'acquiert rien de nouveau, mais seulement l'action en partage cesse & ne subsiste plus. Mais ces circonstances ne sont pas beaucoup considerables, car bien que l'aisné fasse les fruits siens quand le partage ne luy est pas demandé, neanmoins la proprieté demeure toûjours à ses freres & elle ne passe en sa main qu'à titre d'heritier, de sorte que c'est toûjours une succession purement collaterale, sur laquelle la femme ne peut avoir doüaire qu'en vertu du Contrat de mariage, & à cause qu'elle est écheuë auparavant la consommation du mariage.

En Caux l'aisné peut rembourser le tiers des puisnez.

Cette hypotheque du doüaire stipulée par un Contrat authentique a esté reputée si favorable, que l'on n'a pas mesme reçû la concurrence pour une demande qui prenoit son origine du mesme Contrat, comme il fut jugé au procez de Messire Jacques de Mongommery Seigneur de Lorges, contre Monsieur de Barberie de Saint Contest Me des Requestes ; le pere de

Monsieur de Saint Contest avoit épousé Dame Jeanne le Reverend, aprés sa mort & en attendant que l'on eust institué un tuteur à leurs enfans, la Dame sa veuve fut authorisée à recevoir le bien des mineurs : depuis elle épousa Messire Jacques de Mongommery Seigneur de Lorges, lequel fut poursuivi par Monsieur de Saint Contest pour luy rendre compte de l'administration que sa mere femme en secondes noces dudit sieur de Lorges avoit euë de son bien ; A quoy il consentit quoy qu'il pust s'en défendre, le reliqua du compte fut d'une somme de cent vingt-trois mille livres ; le sieur de Saint Contest pour en estre payé fit saisir réellement la terre de Courteilles ; Messire Jacques de Mongommery fils dud. sieur de Lorges & de ladite Dame Jeanne le Reverend, se rendit opposant pour avoir son tiers Coûtumier sur les biens de son pere ; ce qui fut contredit par Monsieur de Saint Contest, & le Juge des lieux ayant renvoyé les parties en la Cour, Greard disoit pour Monsieur de Saint Contest que ce qui obligeoit le Sieur de Lorges au reliqua du compte étoit son Contrat de mariage avec ladite Dame le Reverend, que dés l'instant qu'il l'avoit signé il s'étoit obligé à toutes ses dettes, que pour le doüaire de la femme destiné pour le tiers des enfans il ne prenoit hypotheque que du jour de la consommation du mariage, & quand dans les autres lieux de la France il pourroit y avoir quelque difficulté sur ce point, on ne pouvoit en douter en cette Province, puisque la signature du Contrat de mariage ayant precedé la consommation, le reliqua du compte se trouvoit anterieur en hypotheque du tiers Coûtumier, que l'on avoit douté à Paris & dans plusieurs Coûtumes de France, lequel devoit marcher le premier de la dot ou du doüaire, mais que l'on avoit jugé en faveur de la dot, parce que la Justice naturelle veut que les peres & les meres precedent leurs enfans, & que leurs droits leur soient acquis & reglez avant que de venir à l'interest de ceux ausquels ils ont donné la naissance ; mais en Normandie on n'avoit pas besoin de se servir de ce raisonnement, puisque la femme ne gagne son doüaire qu'au coucher ; que si cela avoit lieu pour la dot, il falloit necessairement juger la mesme chose pour les conventions de mariages & pour toutes les obligations qui en resultent, & que prenans pareille hypotheque il s'ensuit par la mesme raison qu'elles sont

anterieures du doüaire & du tiers Coûtumier des enfans qui ne prend pied que du jour de la consommation, & c'est pourquoy sur cette question à sçavoir si les enfans pouvoient pretendre un tiers Coûtumier lors que le traité de mariage du pere avoit été passé avant la réformation de la Coûtume & en un temps où les enfans n'avoient point de tiers Coûtumier, & que le mariage avoit été celebré depuis la Réformation, on ajugea le tiers aux enfans ; ce qui n'auroit été s'il avoit pris pied du jour du contrat de mariage : & pour faire connoître que le tiers n'est dû que du jour de la consommation, il s'aidoit aussi de l'Arrest de Gondoüin qui est mal rapporté par Berault, & par lequel il disoit avoir esté jugé que le tiers Coûtumier étoit obligé de contribuer à une dette contractée entre la signature du Contrat de mariage & la celebration d'iceluy ; qu'en tout cas ledit sieur de Mongommeri fils ne pouvoit pretendre qu'une concurrence & qu'en la jugeant on luy feroit une grace toute particuliere.

Je répondis pour le sieur de Mongommery fils, que dés le moment que ses pere & mere eurent arresté par un Acte solemnel les conditions de leur mariage, sa legitime coûtumiere luy fut acquise sur tous leurs biens, avec une prerogative & un privilege si grand & si inalterable qu'il n'avoit plus esté en leur pouvoir de le ruïner par aucune autre paction qu'ils pûssent y ajoûter ; les enfans étans la fin la plus noble & la plus legitime du mariage, la nature oblige les peres & meres de penser & de travailler avant toutes choses à leur subsistance, que s'ils y manquent la Loy vient au secours des enfans, & repare par une sage prevoyance leur peu d'amour & leur negligence. C'est pour cette raison que la Coûtume leur assure le tiers de leurs biens, si certainement qu'ils ne peuvent le vendre ny l'engager : ainsi l'on ne peut jamais pretendre de concurrence quoy qu'on la fonde sur une paction portée par le même Contrat ; autrement la Coûtume auroit inutilement affecté le tiers du bien aux enfans, si par le même acte on pouvoit rendre cette disposition inutile & diminuer leur legitime, il seroit ridicule que l'obligation du mary pour les dettes de la femme, qui n'est qu'une suite & une consequence du mariage prevalust sur sa principale & plus noble fin : Quand donc on pourroit établir une

Le pere & la mere ne peuvent vendre ou engager le tiers Coutumier de leurs enfans.

demande

demande sur le même acte, il faudroit présuposer une difference de temps entre le droit des enfans & celuy d'un étranger pour donner la preference à ceux-là, parce que leur droit a esté le premier dans l'intention ; & qu'il emporte avec soy une faveur extraordinaire pour avoir donné l'estre à tout ce qui résulte du Contrat de mariage.

Que si l'on examine la qualité de la dette dudit sieur de S.Contest, il sera fort éloigné de pouvoir obtenir une concurrence, il pretend estre creancier de Dame Jeanne le Reverend sa mere, & que le sieur de Lorges l'ayant épousée, il est devenu obligé à ses dettes. D'où il resulte que sa dette ne procede pas de quelque paction contenuë dans le Contrat de mariage ; car bien loin que le sieur de Lorges s'obligeast à payer les dettes de sa femme, il estoit stipulé qu'ils seroient separez de biens, & qu'ils ne seroient tenus des dettes les uns des autres : Il est encore vray de dire que ce n'est pas à cause de sa qualité de mary qu'il y est obligé, c'est à cause des biens que la femme luy apporte, & dont il a la joüissance, ce qui fait qu'il ne seroit pas raisonnable qu'il en joüist sans payer les dettes de sa femme. D'où il s'ensuit que ce n'est pas en vertu du Contrat de mariage que les biens du mary deviennent obligez aux dettes de sa femme, mais à cause de la joüissance qu'il a de son bien. Or comme il n'acquiert cette joüissance que depuis la celebration du mariage, sa dette n'a pû commencer que de ce temps-là, & l'on objecte inutilement que la femme ne gagne son doüaire qu'au coucher, pour en conclure que le doüaire & le tiers ne doivent se regler que de ce jour-là, il est vray que le doüaire n'est pleinement acquis que de ce jour-là, mais l'hypotheque en a commencé du jour du Contrat, quand il a esté reconnu ou passé devant Notaires.

On argumente encore aussi mal à propos des Arrests du Parlement de Paris, qui ont donné à la dot la preference sur le doüaire, Brodeau sur Mr. Loüet, l. D. n. 4. & du Fresne, l. 1. c. 28. de l'Impr. de 1652. Car il ne s'agit pas en cette cause des deniers dotaux ; & Brodeau a remarqué que cette preference de la dot ne doit pas estre étenduë au preciput, remploy & autres conventions matrimoniales ausquelles le doüaire est preferable, & encore, dit-il, cette preference jugée pour la dot n'est que pour la vraye dot, qui consiste aux deniers apportez

par elle réellement & effectivement en mariage, ou qui luy ont esté payez & promis pendant iceluy, en cette cause ce n'est point la femme qui demande sa dot ou ses conventions matrimoniales, c'est un étranger qui s'en dit creancier & qui attaque son mary qu'il pretend obliger aux dettes de sa femme par sa seule qualité de mary, la cause ayant esté apointée au Conseil, par Arrest au Rapport de Monsieur Salet, en la Chambre de l'Edit du 20 de Juin 1653. le tiers Coûtumier fut jugé preferable au reliqua du compte.

Cette maxime que le doüaire a son hypotheque du jour du Contrat de mariage, & non du temps des épousailles, fit naître un procez sur ce fait assez singulier, le 2 d'Octobre 1653. David Butel bourgeois de Dieppe, signa dans la ville d'Amiens un Contrat de mariage avec Anne Pigou; par ce Contrat il déclara qu'il luy appartenoit deux maisons situées dans la ville de Dieppe, & une Metairie à la campagne, & il fut convenu que ces deux Maisons seroient venduës, soit auparavant ou aprés le mariage consommé, & les deniers qui en proviendroient demeureroient à la future communauté, & de la part des pere & mere de ladite Pigou ils promettoient six mille livres, dont il en seroit pris quatre mille pour estre employées en achat d'immeubles pour tenir son nom, côté & ligne, & où la communauté seroit dissoute par le predecez de Butel ou autrement, qu'elle remporteroit deux mille livres sur ses biens, si mieux elle n'aimoit se tenir & se servir de la Coûtume de Normandie.

En execution de ce Contrat, & avant le mariage, Butel vendit les deux Maisons à Beliard, le Site & le Balleur, & en l'année 1668. ladite Pigou ayant obtenu des Lettres de separation, elle demanda à ces acquereurs sa dot & son doüaire. Greard son Avocat disoit que son mary en estoit saisi au temps de son Contrat de mariage, & que suivant la Jurisprudence des Arrests elle avoit son hypotheque de ce temps-là, & encore que par le Contrat de mariage il fut dit que le mary les pouvoit vendre, que toutefois elle avoit stipulé qu'il seroit à son choix, en cas que la communauté fust dissoute de se tenir & de suivre la Coûtume de Normandie, que les acquereurs avoient dû prevoir cet evenement, & puis qu'il estoit en sa puissance de se preva-

loit de la Coûtume de Normandie, on ne pouvoit douter que ses conventions matrimoniales, comme prenans pied du jour du Contrat de mariage ne fussent preferables à leurs contrats d'acquisition. Je répondois pour les acquereurs, que cette option ne pouvoit pas détruire ce qui s'étoit fait en execution de son Contrat de mariage, & que par cette raison elle ne pouvoit avoir doüaire sur les biens vendus, puis que cette alienation s'estoit faite en vertu d'une clause expresse de son Contrat, cette vente donc n'estant pas volontaire, mais necessaire, on pouvoit dire que le mary ne s'estoit pas dessaisi, mais qu'elle mesme l'avoit forcé de le faire, parce qu'elle y trouvoit son compte en se faisant donner deux mille livres; ainsi quoy qu'elle voulust pretendre les graces dont la Coûtume de Normandie favorise les femmes, elle ne le pouvoit faire qu'en prenant les choses en l'estat qu'elles estoient, en ce faisant elle ne pouvoit empêcher que les alienations qu'elle mesme avoit desirées estre faites ne subsistassent en faveur des acquereurs de bonne foy, & cette option qu'elle s'estoit reservée ne pouvoit avoir un effet retroactif à leur prejudice, y ayant de l'incompatibilité que le mary fust forcé de vendre pour faire avantage à sa femme, & cependant que cette mesme femme ne trouvant pas son compte à la communauté pust se moquer des acquereurs, & reprendre son doüaire & sa dot nonobstant ces alienations : Cette femme ne pouvant répondre à ces raisons, & se défiant de sa cause, elle fit presenter Requeste sous le nom de ses enfans pour avoir leur tiers Coûtumier, & pour soûtenir que leur tiers leur estoit dû sur ces maisons : On se défendoit contre les enfans par les mesmes raisons, & on disoit que comme le pere auroit pû vendre tout son bien avant le mariage, on avoit pû employer par le Contrat qu'il seroit tenu de le vendre, sur tout puis que cette clause pouvoit réussir à leur benefice; la cause fut jugée au Rapport de Monsieur Salet Conseiller, en la Grande Chambre le deuxiéme jour du mois d'Aoust de l'année mil six cens soixante & dix, & il fut dit que les acquisitions desdits Beliard, le Sire & le Balleur, estoient déchargées du remploy de la dot & du doüaire de ladite Pigou : & faisant droit sur la Requeste presentée par les parens des enfans de ladite Pigou, que lesdits biens alienez par ledit Butel depuis son Contrat de ma-

ciage, seroient sujets à fournir ausdits mineurs leur tiers Coûtumier, en cas qu'il n'y eust des biens suffisans d'ailleurs. Ainsi l'on jugea qu'une femme avoit bien pû renoncer par son Contrat de mariage à l'hypotheque, qu'elle auroit pû pretendre sur les biens de son mary pour ses dot & doüaire, mais qu'à l'égard des enfans qui devoient naistre de ce mariage, on n'avoit pû faire de pactions ny employer des conditions qui fissent prejudice ou qui diminuassent la legitime qui leur appartenoit, & qui leur estoit assurée dés le moment que leur pere & mere s'engageoit au mariage.

La legitime des enfans ne peut estre préjudiciée par le pere ou mere.

De la preference de la dot sur le doüaire.

Quant à cette question si la dot doit estre prise avant le douaire, quoy que l'un & l'autre ait un mesme titre, & procede d'un mesme Contrat de mariage, c'est une Jurisprudence establie au Parlement de Paris, que la dot doit marcher avec le douaire; Bouguier, l. D. n. 18. Monthelon, Arrest 139. Brodeau, sur Mr. Louet, l. D. n. 40. Du Fresne en son Journal des Audiences l. 1. c. 28. de l'Impression de 1652.

Entre les questions douteuses qui furent proposées aux Mercuriales du Parlement de Paris, & qui sont rapportées par Ricard en son Addition au titre des Actions Personnelles, l'on proposa celle-cy sçavoir soit qu'il y ait Contrat de mariage, ou qu'il n'y en ait point, si l'hypotheque des deniers dotaux est preferable à celle du douaire? Celle des arrerages du douaire dû à la veuve à l'hypotheque du fonds appartenant aux enfans? Ce qui est échû devant le mariage & l'action de remploy des propres tant des alienations volontaires que des necessaires, par concurrence aprés le douaire? Le preciput s'il est stipulé, & enfin l'indemnité des dettes? Et il fut répondu que soit qu'il y ait Contrat de Mariage, ou non, l'ordre des hypotheques est que les deniers de la dot, & ce qui est échû à la femme devant son mariage sont preferez au doüaire; les arrérages du doüaire dûs à la veuve au fonds d'iceluy appartenant aux enfans & le remploy des propres, & le preciput sont colloquez avant l'indemnité des dettes.

Me Josias Berault en son Commentaire sur l'Article 365. de la Coûtume de Normandie, a crû que la dot devoit marcher devant le doüaire, mais son opinion n'est pas generalement veritable, & cette matiere merite d'être éclaircie. Et pour en

faire une discussion exacte ; il faut remarquer que cette controverse peut estre agitée en plusieurs rencontres : la premiere, entre la femme & les heritiers du mary : la seconde, entre la femme & les creanciers : la troisiéme, entre la femme & les enfans : la quatriéme, entre les creanciers de la mere & les enfans, & enfin entre les creanciers mesme.

Au premier cas, lors que la femme demande aux heritiers du mary ses droits de dot & doüaire, Berault a fort bien dit que le doüaire est preferable à la dot, & qu'il est pris sur l'entiere succession du mary, & la dot sur les deux autres tiers qui reviennent aux heritiers : la raison est que la femme doit avoir pour son douaire le tiers entier des biens que son mary possedoit lors de son mariage, que si le douaire contribuoit au remploy de la dot reçuë par son mary, elle auroit moins que le tiers, & mesme il pourroit arriver que la dot se monteroit à une somme si considerable que le tiers destiné pour le douaire seroit consumé, & il en arriveroit encore cette absurdité, que bien que le tiers appartienne entierement aux enfans, & qu'il ne puisse souffrir aucune diminution ny estre engagé par le pere, le pere pourroit neanmoins les en frustrer en tout ou partie, en dissipant les deniers dotaux de sa femme qu'il auroit reçûs. Aussi par Arrest du mois d'Aoust 1629. au Rapport de Monsieur Mallet, entre le sieur de Chantelou Halé & la femme du nommé Gaumont, il fut jugé que le doüaire seroit levé le premier, & que la dot seroit reprise sur les deux autres tiers.

Lequel des deux se leve le premier, le doüaire ou la dot ?

Ce que l'on oppose au contraire ne fait point de peine, l'on dit que la dot est consignée par le Contrat de mariage, & qu'elle a son hypotheque dés ce temps-là ; ce qui precede dans l'ordre du temps, parce que le douaire n'est acquis que par la consommation du mariage ; car l'on répond que tous les actes du mariage ne se rapportans qu'à une mesme fin, ils ne sont reputez qu'un mesme Contrat, qui n'est censé parfait que quand tous les actes necessaires pour la perfection du mariage ont esté accomplis. Or le douaire estant accordé à la femme par un don mutuel & reciproque, au lieu de la dot & du don mobil, il n'est pas raisonnable que le douaire en soit diminué. Et cela a esté encore jugé entre Adrienne le Gris Dame d'Eschaufour, Dame Geneviéve du Val Poutrel & Monsieur le Procureur General

du Roy le 22 d'Aoust 1628. & conformément à ces Arrests il a esté decidé par l'Article 69. du Réglement de 1666. que le doüaire est pris sur l'entiere succession, & la dot sur ce qui revient à l'heritier aprés la distraction du doüaire, pourvû qu'il y ait consignation actuelle de la dot.

Le doüaire est pris sur l'entiere succession.

Il faut observer en passant que ces dernieres paroles, *pourvû qu'il y ait consignation actuelle de la dot*, ne doivent pas s'entendre comme si le doüaire n'estoit pris avant la dot que quand elle a esté actuellement consignée, si c'estoit le sens de ces paroles elles ne seroient pas veritables, parce que soit qu'il y ait consignation actuelle ou qu'il n'y en ait point, cela ne cause aucune difference; On ne pourroit aussi les appuyer par aucune raison; car pourquoy la dot passeroit-elle devant le doüaire quand il y a consignation actuelle plûtost que quand il n'y en a point, au contraire le doüaire devroit plûtost estre pris aprés la dot, lors qu'il y a consignation actuelle, car en ce cas les propres du mary en sont chargez, & quand il n'y en a point, la dot est prise sur les acquests & sur les meubles?

Quand la dot est prise sur les acquests & sur les meubles.

Pour donner le veritable sens de ces paroles, il faut observer qu'elles n'ont pas leur relation ny leur liaison avec celles qui precedent immediatement *aprés la distraction du doüaire*, mais à ces termes precedens, *la dot est prise sur ce qui revient à l'heritier*; & l'intention de la Cour a esté qu'aprés le doüaire levé sur l'entiere succession, la dot doit estre prise sur ce qui reste à l'heritier, pourvû qu'il y ait consignation actuelle, parce que quand il n'y a point de consignation actuelle, la dot ne doit point estre prise sur les propres, mais sur les acquests & sur les meubles laissez par le mary: Or pour comprendre plus aisément l'intention de la Cour, il faut concevoir en ces termes cet Article 69. du Reglement de 1666. *Le doüaire est pris sur l'entiere succession, & aprés la distraction du doüaire, la dot sera prise sur ce qui revient à l'heritier, pourvû qu'il y ait consignation actuelle de la dot.*

De cette maniere il est manifeste qu'il n'est parlé de la consignation actuelle qu'à cause qu'il estoit dit qu'elle seroit prise sur la part de l'heritier, ce qui ne pourroit pas estre s'il n'y avoit une consignation actuelle de la dot, parce que cessant cette consignation actuelle, la femme qui prend part aux meubles & acquests de son mary, est tenuë de contribuer au remploy de

sa propre dot à proportion de ce qu'elle prend aux meubles & acquests : à quoy elle n'est point contribuable lors que sa dot a esté actuellement consignée sur les biens de son mary.

La Jurisprudence du Parlement de Bretagne est conforme à la nôtre, Frain Arrest 100. il est vray que cet Autheur desaprouve cet Arrest, *Dignum*, dit-il, *admiratione judicium, cum dos doario sit antiquior*, neanmoins sur la Requeste civile qui fut obtenuë contre cet Arrest, l'on mit les parties hors de Cour.

Par les Articles 69. & 70. du Reglement de 1666. l'on a decidé deux questions notables ; il semble que les Arrests rapportez par Mr. Louët & son Commentateur, l. D. n. 40. & par du Fresne en son Journal des Audiences, l. 5. c. 30. n'ont prononcé que sur celle de la preference entre la dot & le douaire ; mais l'on ne fait point mention de cette autre question dont je viens de parler, que *la dot reçûë par le mary ne diminuë point le doüaire* : Ce qui a esté aussi observé par Berault sur l'Article 367. de la Coûtume de Normandie, & bien que Brodeau l'ait cité, il n'a pas fait reflexion sur cette distinction, qui neanmoins est necessaire, la mesme difficulté pouvant naistre à Paris comme en Normandie.

En second lieu, la question de la preference entre le douaire & la dot peut estre formée entre la veuve & les creanciers ; ceux-cy soûtenans que la dot doit estre levée & colloquée en ordre avant le douaire, afin que la femme soit tenuë d'y contribuer. Cette difficulté fut decidée en la Chambre des Enquêtes, au Rapport de Monsieur Salet le 13 Juillet 1647. sur ce fait ; les immeubles du sieur de la Prairie ayant esté saisis réellement, la femme forma son opposition pour avoir son douaire sur tous les biens dont elle avoit trouvé son mary saisi, & pour emporter sa dot sur les deux autres tiers ; ce qui luy fut accordé, dont Antoine Scele Ecuyer, sieur du Saux creancier du mary, ayant appellé à la Cour, il disoit pour moyens d'appel, qu'à l'égard des heritiers la femme prenoit son douaire avant sa dot, afin que ce tiers destiné pour la legitime des enfans ne fût pas chargé du payement de la dot ; mais que quand la question s'offroit entre la femme & les creanciers, & que les biens du mary estoient saisis & vendus par decret, en ce cas comme il s'agit de colloquer les creanciers selon l'ordre de leurs hypotheques, la

faveur du douaire ou de la legitime ne peut l'emporter sur la dot, qui a son hypotheque du jour du Contrat de mariage.

La femme répondoit qu'il n'y avoit point de difference entre les creanciers & les heritiers, que la Coûtume donne à la femme l'usufruit du tiers des biens dont le mary estoit saisi lors de son mariage, que si le tiers contribuoit au remploy de la dot, elle auroit moins que le tiers, & elle remplaceroit sa dot en partie sur ce qui luy est destiné pour son douaire, & les creanciers n'ont point sujet de s'en plaindre, n'ayant pû ignorer la qualité de celuy avec lequel ils contractoient. Quant à l'Arrest de l'année 1603. rapporté par Berault sur l'Article 365. il n'étoit point considerable, parce qu'en l'espece d'iceluy les biens du mary n'estoient point suffisans de fournir la dot & le douaire, & il y avoit une caution des deniers dotaux, qui soûtenoit qu'ils devoient estre pris avant le douaire, & l'on fit preceder la dot en faveur de la femme mesme, à laquelle ce party étoit plus avantageux que de la faire colloquer pour un simple usufruit, par cet Arrest la Sentence fut confirmée définitivement.

Ainsi c'est une maxime certaine en Normandie qu'au préjudice des heritiers & des creanciers, la femme doit lever son douaire sur l'integrité du bien, & se faire payer de sa dot sur les deux autres tiers: mais quand les biens du mary ne sont pas suffisans de porter l'un & l'autre, en ce cas il est en la liberté de la femme & de ses enfans de changer cet ordre, & de reprendre premierement ses deniers dotaux si cela luy est avantageux, ce qui ne peut estre contesté par les creanciers posterieurs de l'un & de l'autre droit, ny par les heritiers qui seroient obligez de la payer entierement; cela fut jugé au Rapport de Monsieur Romé, le 31 de Juillet 1669. & il fut dit que les enfans au decret des biens de leur pere ont l'option de prendre leur tiers avant la dot de leur mere dont ils sont heritiers; l'Article 70. du Reglement de 1666. faisoit naistre toute la difficulté, parce qu'il porte que l'hypotheque de la dot est preferable à celle du douaire, mais cela s'entend lors que celuy qui demande la dot veut qu'elle soit preferée, mais quand l'un & l'autre appartient à une même personne, il peut donner la preference à l'un ou

Quand la dot est preferable au doüaire.

à l'autre; autre Arrest du 17 de Decembre 1665. au Rapport de Monsieur l'Abbé.

L'Article 70. du Reglement de 1666. ne détruit point cette regle, quoy qu'il contienne que l'hypotheque de la dot doit être preferée à celle du doüaire, pourvû que le Contrat de mariage soit reconnu avant la celebration d'iceluy, car l'intention de la Cour n'a pas esté de priver la femme de cette faculté de pouvoir choisir ce qui luy est le plus utile, mais elle a voulu dire qu'encore que le doüaire soit pris sur l'entiere succession, toutefois la dot doit passer devant si la femme le trouve plus à propos, & cette maxime passa pour veritable, & fut confirmée par l'Arrest du sieur Chevalot, President au Presidial d'Evreux l'11. de Mars 1664. plaidans de Cahaignes & le Febvre.

Au procez d'entre Nicolas de Caux Prestre, appellant de Sentence renduë aux Requestes du Palais, & Daniel & Samuel Congnard & autres Intimez, l'on agita cette question, sçavoir si un fils ayant à reprendre & la dot de sa mere, & sont tiers coûtumier sur les biens de son pere, & ne se trouvant pas assez de bien non alienè pour fournir l'un & l'autre, lequel devoit être payé le premier de la dot ou du doüaire? Et l'effet de cette question estoit que si la dot estoit levée avant le tiers, & ne restant pas assez de bien pour fournir ce tiers, les enfans retourneroient sur les derniers acquereurs: Si au contraire la dot n'êtoit prise qu'aprés le tiers, & n'y ayant pas assez de bien non aliené pour la remplir, la mere ou ses heritiers ne pourroient se faire payer ny déposseder les acquereurs, que par la voye hypothecaire, & par une saisie réelle: Par la Sentence dont estoit appellé, il avoit esté dit que de Caux raporteroit les heritages non alienez, qu'il s'êtoit fait bailler pour la dot de sa mere pour être apliquez à fournir le tiers coûtumier. De Caux en ayant appellé, disoit pour ses moyens d'apel que suivant l'Article 70 du Reglement de 1666. la dot est anterieure au doüaire, & par l'Article 121. du mesme Reglement, la femme & ses heritiers peuvent demander que partie des heritages affectez à sa dot non alienez, leur soient baillez à deuë estimation pour payement de cette dot. Les sieurs Congnard répondoient que suivant l'Article 403. si le pere a fait telle alienation de ses biens que le tiers ne se puisse trouver en essence, ses enfans pourront

revoquer les dernieres alienations; d'où il paroist que le bien du pere non aliené est expressement destiné pour le tiers coûtumier, & non pour la restitution des deniers dotaux; de sorte que les acquereurs ne peuvent & ne doivent estre dépossedez que lors que les biens non alienez ne peuvent remplir le tiers coûtumier: Ce qui est d'autant plus raisonnable que le tiers est un droit réel qui effecte tellement la chose, qu'elle apartient aux enfans privativement à tous autres, & au contraire la femme n'est qu'une creanciere purement hypothecaire, qui ne peut s'adresser sur les biens de son mary, ny troubler les possesseurs d'iceux que par la saisie réelle. On ne dispense la femme de prendre cette voye, que lors qu'il reste du bien non aliené, mais cela n'a lieu qu'en cas qu'il en reste assez pour fournir aux enfans leur tiers coûtumier: Par Arrest au Rapport de Monsieur S. Paul Voisin du 29 Janvier 1685. en la seconde Chambre des Enquestes la sentence des Requestes fut infirmée, & en amendant il fut ordonné qu'il seroit baillé des heritages pour la dot à deuë estimation, & que le tiers coûtumier luy seroit fourny, tant sur le restant du bien non aliené que sur les derniers acquereurs. On jugea par le mesme Arrest que les acquereurs suivant l'Article 403. ne seroient tenus de payer l'estimation de leurs acquisitions que sur le prix de la valeur des heritages, & non sur le prix des Contrats d'acquisition.

Le tiers coûtumier est un droit réel qui apartient aux enfans.

Quand les acquereurs ne sont tenus qu'à l'estimation de leurs heritages, en cas de recherche pour le tiers coustumier.

Il ne sera pas inutile de remarquer que par ce mesme Article 70. la dot n'est preferable au Doüaire qu'en cas que le Contrat de mariage soit reconnu avant la celebration d'iceluy; ce qui détruit l'opinion de Berault sur l'Art. 539. où il soûtient que si entre le Contrat de mariage non reconnu & la celebration d'iceluy, le mary oblige ses biens à un tiers, la femme cependant sera preferable: L'Arrest qu'il cite ne fait rien pour son opinion; car le Contrat de mariage dont il s'agissoit estoit reconnu, comme on l'apprend par le veu de l'Arrest qui est au Greffe: aussi on le jugea de la sorte en la Chambre des Enquestes le 28 d'Avril 1644. au Rapport de Monsieur de Montaigu, entre de la Ruë & Marie Esnaut sa femme separée de biens d'avec luy, & Jean & Jacques Guerin freres, & le sieur des Isles, demandeurs en execution sur les biens de ladite Esnaut, qui joüissoit de certains heritages jusqu'à la concurrence de 150. liv.

La dot n'est preferable au doüaire qu'en cas que le contrat soit reconnu avant la celebration.

pour ses deniers dotaux, veu que son Contrat de mariage n'étoit point reconnu, & que le payement desdits deniers dotaux fait par son pere estoit posterieur à la rente desdits demandeurs: Ainsi l'on jugea que l'Article 539. n'avoit lieu qu'avec la limitation du Reglement de 1600. & que les Contrats de mariage n'avoient hypotheque que du jour de la reconnoissance.

Les Contrats de mariage n'ont hypotheque que du jour de la reconnoissance.

Cette regle que nous avons établie, qu'il est en la liberté de la femme de faire colloquer ses deniers dotaux, & son doüaire selon l'ordre qui luy est le plus avantageux, ne souffre d'exception qu'à l'égard de celuy qui est caution de la dot envers la femme par le mesme Contrat. Cette matiere a esté fort agitée, tant en ce Parlement qu'en celuy de Paris, mais elle estoit encore plus difficile parmy nous qu'à Paris, à cause de cette maxime que nous tenons que la femme peut lever son douaire le premier s'il luy plaist, & l'Art. 70. du Reglement de 1666. cy-dessus rapporté, suivant lequel l'hypotheque de la dot precede celle du douaire, la question en fut jugée au Rapport de Monsieur Busquet, en la Grand'Chambre le 30 d'Avril 1660. sur un apel du Juge de Bernay: les enfans d'un pere decretté s'opposerent pour leur tiers Coûtumier, & conclurent en mesme temps contre un particulier qui estoit caution de la dot, qu'il estoit obligé de la faire colloquer sur les deux autres tiers. La caution soûtenoit qu'en leur payant les deniers dotaux de leur mere, elle devenoit naturellement subrogée à ses droits, parce qu'il se faisoit une cession & subrogation tacite & naturelle en sa faveur: Si la femme eust prétendu passer devant pour son douaire, elle auroit dû stipuler que la caution ne la pourroit preferer pour ses autres conventions, qu'elle ne pouvoit interrompre cet ordre naturel & legitime à l'effet de se faire payer de ses dernieres conventions, & rejetter la premiere qui est sa dot, sur la caution qui n'estoit pas moins favorable que les enfans.

Les enfans remontroient au contraire, que leur mere en stipulant une caution avoit voulu trouver sa seureté, en cas que les biens de son mary ne fussent pas suffisans de la rembourser de toutes ses conventions matrimoniales, la caution n'ayant stipulé aucune subrogation de sa part, & comme il ne s'obligeoit que subsidiairement, & qu'au contraire la partie principale & premiere, qui estoit la femme, avoit tous les biens de son mary

generalement obligez au payement de toutes ses conventions; il falloit avoüer que non seulement selon l'ordre de l'écriture, mais aussi suivant l'intention des parties l'hypotheque de la femme avoit toute son étenduë sur les biens de son mary au préjudice de la caution, & que par consequent elle ne pouvoit prétendre de subrogation, ny que les gages luy fussent délaissez, comme il est nettement décidé par la *l. 2. C. de fidejuss. creditori qui pro eodem debito pignora & fidejussorem accepit, licet, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam in quam se obligaverit, quod cum facit, debet jus pignorum in eum transferre, sed cum in aliâ quoque causâ eadem pignora vel hypothecas habeat obligatas, non prius compellendus est transferre pignora quàm omne debitum exolvatur:* En effet s'il étoit autrement, sa précaution seroit inutile & infructueuse, ce seroit en vain qu'elle seroit asseurée pour sa dot, si cela empêchoit la preference pour son doüaire, qu'aprés qu'il avoit consenty la stipulation du doüaire, *jus suum remisisse censebatur*, il estoit reputé avoir renoncé à toutes ses prétentions au préjudice de la femme.

Quoy que la caution ne soit pas d'une condition pareille au creancier, il semble qu'on ne peut luy refuser cette preference que sa femme auroit euë, puisque par ce moyen il entre en sa place & qu'il est encore plus favorable: aussi par l'Arrest cy-dessus remarqué la question fut décidée en faveur de la caution, & on ordonna que la dot seroit colloquée avant le doüaire: Il faut remarquer une difference entre nostre usage & la Jurisprudence établie par les Arrests du Parlement de Paris. En cette Province la femme ne peut poursuivre la caution lors qu'elle est heritiere de son mary; mais Tronçon sur l'Article 243. de la Coûtume de Paris, rapporte un Arrest par lequel on a jugé que le fidejusseur d'un doüaire en est déchargé pour une moitié quand la femme a accepté la Communauté, sauf son recours contre les heritiers du mary pour l'autre moitié qui n'est confuse ny éteinte par la Communauté.

On jugea d'une autre maniere en une autre espéce un peu differente en l'Audience de la Grand'Chambre le 9. d'Aoust 1669. Par le Contrat de mariage de Marie Bunel avec Paul Rousseau, elle avoit stipulé qu'elle remporteroit 400. livres par préciput & en exemption de toutes dettes & charges, & sans pré-

judice de ses autres droits au lieu de ses bagues & joyaux, & par le mesme Contrat, Christophe Rousseau estoit intervenu caution des deniers dotaux de cette femme : Elle se fit depuis separer de biens d'avec son mary, & les meubles & les marchandises de son mary ayant esté venduës elle s'opposa à l'ordre & distribution des deniers pour estre payée desdits 400. liv. Anne Cavelier veuve de Christophe Rousseau, & les creanciers prétendirent qu'elle devoit venir en concurrence avec eux au sol la livre pour deux mille huit cens livres dont Christophe Rousseau étoit caution pour sa dot, & ne s'étant trouvé que mille quarante livres à distribuer, le Bailly de Roüen avoit jugé la concurrence au sol la livre, dont ladite Bunel ayant appellé je fis valoir pour elle la clause de son Contrat de mariage & representay qu'encore que les prétentions de ses parties eussent un mesme principe, & qu'elles fussent apuyées sur un mesme Contrat, il ne pouvoit toutefois y avoir de concurrence, que cette femme ayant expressement stipulé qu'elle leveroit 400. livres pour ses bagues & joyaux par preciput & en exemption de toutes dettes & charges, & sans préjudice de ses autres droits, la caution qui avoit consenty à toutes ces clauses avoit tacitement renoncé à prétendre aucune concurrence suivant la *L. sicut. ℥. si voluntate. D. quid. mod. Pign. vel hypoth. sol. si voluntate creditoris fundus alienatus sit, inverecundè applicari sibi creditor desiderat.* Car l'on ne pouvoit douter que la caution n'eust suffisamment consenty une preference en consentant que les 400. livres fussent lévées par préciput & sans préjudice de tous ses autres droits, & l'on ne pouvoit presumer qu'elle eust stipulé une caution pour se faire tort, & pour diminuer ses seuretez & ses avantages, mais plûtost pour les augmenter : que cette prétention estoit directement contre la nature des obligations fidejussoires, qui ne tendent qu'à asseurer ceux qui les demandent, *Sponsor in hoc accipitur, ne crèditor in damno sit.* Maury pour les Intimez répondoit qu'il ne s'agissoit pas des deniers dotaux, mais d'un simple préciput qui n'avoit pas le même privilege que la dot, qui sans contestation devoit être colloquée la premiere. Ce qui luy donnoit lieu de conclure même à la preference, & qu'il n'étoit pas au pouvoir des contractans de changer cet ordre naturel suivant lequel toutes les clauses d'un Contrat devoient valoir également &

avoir les mesmes prerogatives : par l'Arrest la Sentence fut infirmée, & l'on ordonna que les 400. liv. seroient payées avant les deniers dotaux : Ainsi en ce cas particulier le préciput fut preferé à la dot, en faveur de la femme qui estoit asseurée par l'intervention de la caution.

Ces mesmes questions ont esté meuës & jugées au Parlement de Paris par deux Arrests remarquez par le Commentateur de Monsieur Loüet l. D. n. t. Dans l'espece du premier Arrest il s'agissoit de sçavoir si une mere qui s'estoit obligée solidairement avec son fils au remploy de la dot de la femme de son dit fils, mais qui ne s'estoit point obligée aux autres clauses subsequentes ayant payé ce remploy qui n'avoit point esté fait, pouvoit le reprendre sur le bien de son fils au préjudice des autres conventions matrimoniales de la veuve de son fils ? Elle disoit pour ses moyens que *ordine scripturæ*, la cause d'employ estoit la premiere, & que ne s'estant point obligée aux autres conventions matrimoniales, elle devoit estre reputée comme étrangere, ainsi quoy que tous les biens de son fils y fussent obligez, elle devoit estre preferée pour son indemnité. On répondoit pour la Veuve que si elle estoit entierement satisfaite, elle pourroit entrer en son lieu pour se vanger sur les biens de son fils, mais qu'estant tous hypothequez à ses droits aussi bien qu'à lemploy, & par consequent ayant mesme privilege, elle devoit estre entierement satisfaite avant que la mere pûst prétendre aucun recours, *l. 2. C. de fidej.* aussi ne se trouve-t'il en tout le Droit qu'en aucun Contrat bien que composé de diverses clauses, le debiteur coobligé ou le fidéjusseur soit preferé au creancier, & non pas même admis en cõcurrence : Par l'Arrest la mere fut deboutée de la preference par elle requise, le motif est que la mere estoit obligée solidairement au remploy. C'est pourquoy par l'autre Arrest l'on jugea le contraire en cette espece. Une mere s'estoit renduë caution de 20000. livres par la dot de sa fille, à condition qu'aprés que le mary son fils l'auroit employée en achat de fonds, elle seroit déchargée de son cautionnement & ne seroit point caution de l'augment de dot ny des autres conventions ; le mary déceda sans avoir fait cet employ, la Veuve s'opposa au decret de ses biens, & se fit colloquer pour son augment de dot & son remport, & fit condamner l'heritier à luy

payer 20000 liv. pour sa dot par Sentence qui fut infirmée par Arrest, & l'on jugea que la mere n'estant point obligée solidairement, la Veuve avoit dû s'opposer la premiere pour sa dot, qui estoit preferable à l'augment de dot & aux autres conventions, & ne pouvoit prétendre contre sa caution que ce dont elle ne pourroit venir en ordre sur les biens de son mary, n'étant pas juste qu'elle renversast cet ordre naturel de droit, fondé sur les Arrests à l'effet de se faire payer de ses dernieres conventions, en rejettant la premiere qui est la dot sur sa caution.

Il faut toûjours se souvenir que pour donner la preference à la dot, le Contrat de mariage doit estre reconnu avant la celebration ou le jour mesme, autrement la dot n'a hypotheque que du jour de la reconnoissance, & ne se paye qu'aprés le doüaire, suivant l'Arrest donné entre Lambert & Marsolet le 5. de Mars 1665. en la Chambre des Enquestes sur un partage de la Grand'Chambre, entre Monsieur Busquet Rapporteur & Monsieur de Vigneral compartiteur, l'avis de Monsieur Busquet contre lequel il passa, estoit que le Reglement de 1600. pour la reconnoissance des Contrats de mariage ne devoit s'entendre que quand il y avoit des creanciers intermediats, mais en donnant la preference à la dot en faveur de la femme & de ses creanciers, les enfans deviennent creanciers intermediats pour leur tiers, & par cette raison l'hypotheque de la dot ne doit commencer que du jour de la reconnoissance du Contrat de mariage.

La contestation pour la preference entre le douaire & la dot, peut aussi naistre entre la mere & les enfans, lors que les biens du mary ne sont pas suffisans de payer l'un & l'autre. La cause des enfans peut estre soûtenuë par des raisons puissantes, & dont la faveur peut estre égale à celle dont on soûtient le party de la mere, les enfans sont la fin principale du mariage, leur établissement & leur avantage sont le premier objet que ceux qui se lient par ce nœud sacré doivent se proposer; il n'est donc pas étrange que l'on fasse ceder quelquefois les interests & les droits des peres & meres à ceux de leurs enfans, en faisant preferer le doüaire à la dot, la mere y trouve quelque avantage, mais en faisant passer la dot la premiere, elle pourroit consumer tout le bien de son premier mary, dont elle porteroit la dépoüil-

La question de la preference entre la dot & le doüaire, peut naistre entre la mere & les enfans.

le à un second à la ruïne de ses enfans : Ainsi pour éviter cêt inconvient, il est plus juste de prendre le party qui n'oste pas à la mere le moyen de subsister, & qui conserve aux enfans la proprieté d'un bien dont leur mere auroit pû mal user. Si l'ordre de l'écriture pouvoit être de quelque consequence, le doüaire seroit presque toûjours préferable en Normandie, parce que dans les Contrats de mariage la stipulation du douaire tient ordinairement le premier rang. Chopin de la Proprieté des biens d'Anjou, l. 3. t. 1. n. 14. a remarqué que dans les lieux où le doüaire n'est pas propre aux enfans, ils sont preferez à la mere pour les biens paternels lors que la mere s'est remariée, car en cause pareille d'alimens, la nourriture est préferable, le mariage n'êstant institué que pour procreer des enfans.

L'on soûtient la preference de la dot par ces raisons, que c'est le propre bien de la femme, & que l'ayant confié à son mary l'on ne peut pas luy en refuser la repetition ; la dot est un titre onereux, le doüaire un titre lucratif ; c'est un present que la Coûtume & le pere font à leurs enfans, mais qui ne doit avoir son effet qu'aprés que la restitution de la dot a esté pleinement executée ; & quand l'on feroit remonter l'hypotheque du doüaire au jour du Contrat de mariage, en vertu de la stipulation portée par iceluy, cela ne pourroit operer que contre un creancier étranger & non à l'égard de la dot, la raison est que cette hypotheque que l'on donne au douaire est beaucoup moins parfaite que celle de la dot, le douaire n'est pas acquis & asseuré par la seule stipulation employée dans le Contrat de mariage, cette hypotheque ne reçoit sa perfection & n'a son plein effet qu'aprés le coucher : Au contraire l'hypotheque de la dot est acquise sans aucune condition, & dés le moment que le mary & la femme donnent leur consentement au mariage, & qu'ils en signent les pactions. Ainsi le pere ne peut laisser aucune portion de ses biens à ses enfans qu'il n'ait rendu à sa femme ce qu'elle luy a apporté ; le Parlement de Paris l'a jugé de la sorte par plusieurs Arrests, & cette Jurisprudence est suivie en Normandie.

Toutes ces raisons ne sont pas de mesme poids en la bouche des creanciers, lors qu'ils prétendent exercer les droits de la mere au préjudice de ses enfans ; car quoy qu'ils puissent alléguer que comme creanciers legitimes de la mere, ils doivent

exercer tous ses droits, l'on répond que la preference n'est accordée à la mere pour ses deniers dotaux que par une faveur particuliere: c'est un privilege personnel qui ne se communique point à des étrangers, ny mesme à ses heritiers extranes; *privilegium dotis quo mulieres utuntur in actione de dote, transit ad heredes. l. 1. C. de privil. dot.* mais il n'est point parlé que les creanciers de la mere ayent le mesme avantage.

Le Commentateur de Monsieur Loüet, l. D. n. 4. rapporte un Arrest, par lequel la preference fut jugée pour le doüaire, mais il ajoûte que depuis le contraire fut jugé, & que l'on donna la preference aux creanciers de la femme, comme estant ce droit de preference pour les deniers dotaux réel & transmissible & non special, ny attaché à la personne; mais en Normandie où l'on conserve avec tant de soin aux enfans leur tiers Coûtumier, cette Jurisprudence ne seroit pas favorablement reçûë.

En effet, si la faveur de la mere n'avoit paru plus grande que celle des enfans, on auroit dû regulierement admettre la concurrence du doüaire avec la dot, puisque la stipulation qui en produit l'hypotheque procede d'un mesme Contrat, & que la legitime n'est pas moins dûë aux enfans que la dot à la mere. Il faut donc que la preference pour la dot soit un privilege purement personnel, qui par consequent n'est communicable ny transmissible à un étranger; cependant si cette prefence étoit étenduë aux creanciers de la mere, il seroit au pouvoir des meres de priver leurs enfans de leur tiers Coûtumier, nonobstant le mauvais ménage du pere, & tous les Contrats que les enfans peuvent faire durant sa vie ce tiers demeure inalienable, & la Coûtume conserve aux enfans avec toutes les précautions possibles ce débris de la fortune de leur pere; cependant par la seule preference de la dot sur le doüaire, tous les soins de la Loy deviendroient inutiles.

Suivant le sentiment de Brodeau, cela ne peut avoir lieu au préjudice du doüaire acquis aux enfans du jour du Contrat de mariage que pour la veritable dot, & non à l'égard de toutes sortes de remploy, tant de ventes volontaires que necessaires & forcées, comme sont les rachapts des rentes constituées, quoy que l'hypotheque remonte jusqu'au jour du Contrat de mariage, parce, dit cet Auteur, que cela n'a lieu qu'à l'égard des

creanciers étrangers intermediaires, & non des enfans qui prennent leur droit & leur hypotheque pour le doüaire qui leur est propre immediatement aprés la vraye dot de leur mere du jour du Contrat de mariage, l'on peut tirer de là une consequence tres-forte en faveur des enfans; car la femme ayant une mesme hypotheque tant pour sa vraye dot que pour ses remplois, l'on ne peut y faire de distinction qu'en faveur du doüaire Coûtumier pour les enfans.

Par la *l. unique, C. de privil. dot. privilegium dotis quo mulieres utuntur non transit ad heredem:* Or sous le terme general *d'heritier*, les enfans ne sont point compris, car au contraire en leur faveur les privileges de la dot se continuent en leurs personnes. *L. assiduis qui pot. in Pign. C. & Nov. 9.* D'où il resulte que si les privileges ne sont attribuez à la dot qu'en faveur de la femme & des enfans, ces privileges cessent lors que ces personnes n'y ont plus d'interest.

J'ay remarqué cy-dessus que quand le Contrat de mariage a esté reconnu le doüaire a hypotheque de ce jour-là, quoy que le mariage n'ait esté consommé que depuis, on a formé la mesme question pour le tiers des enfans: & par Arrest donné le 4. de Decembre 1621. en la Chambre des Enquestes au Rapport de Monsieur du Moucel entre les surnommez de Fatouville, il a esté jugé que les enfans nez depuis le traité de mariage signé & insinué, & legitimez par la célebration du mariage solemnisé plus de dix ans aprés le traité, auroient le tiers en proprieté comme du jour du Contrat de mariage estant en forme authentique, & insinué, & non du jour du mariage, & les acquereurs du pere depuis le traité & avant la celebration condamnez à leur quitter le tiers, ce traité de mariage étoit de l'an 1587. Les enfans étoient nez, & parce que le pere du mary s'estoit opposé à ce mariage il n'avoit esté celebré ou solemnisé qu'en Septembre 1597. & les contrats de vente de la terre de la Quise, & des autres heritages avoient esté passez en 1595. & 1596. avant la celebration du mariage.

Les acquereurs disoient que ce tiers n'estoit acquis aux enfans que du jour des épousailles, ce qui s'entendoit de la solemnité du mariage non du simple traité; que la Coûtume de Paris conforme à celle de Normandie en ce point donne la proprieté

du doüaire aux enfans du jour des époufailles & benediction nuptiale, que le mariage n'eft parfait que du jour qu'il eft folemnifé en l'Eglife, que les enfans ne font capables de ce tiers que du jour qu'ils font legitimez, qu'ils ont ce tiers par le benefice & permiffion de la Loy, & par cette raifon il eft requis qu'ils foient enfans de la Loy, ce qui n'eft que du jour qu'ils font legitimez par un mariage fubfequent, que le mariage celebré en 1597. ne pouvoit avoir un effet retroactif pour leur donner un droit réel fur des heritages qui n'eftoient plus en la poffeffion de leur pere lors de la celebration du mariage, & dont les acquereurs étoient proprietaires, les actes *quæ retrotrahuntur* n'ont jamais d'effet au préjudice d'un tiers, *non tollunt jus alteri quæsitum, cap. quamvis de refcriptis in 6.* & fuivant la regle *de non tollendo Jus alteri quæfitum:* & ainfi quoy que le fils foit né & conçû fous promeffe de mariage, fi le pere fe départ de fa promeffe, qu'il époufe un autre femme & qu'il en ait des enfans legitimes, & qu'aprés le décez de cette femme legitime il époufe la femme dont il avoit un fils naturel, il peut legitimer cet enfant par un mariage fubfequent; mais encor qu'il foit l'aifné par nature, neanmoins il n'auroit pas le doit d'aifneffe, au contraire les enfans nez du premier mariage auront le droit d'aifneffe à fon préjudice, par ce qu'ils font les premiers nez dans la Loy, & les premiers legitimez comme tient du Moulin fur la Coûtume de Paris §. 8. Art. 1. *in verbo, le fils aifné*, dont la raifon eft, *effectus matrimonii, non retrotrahitur* au préjudice d'un autre; de mefme peut on dire qu'il n'a point d'effet retroactif au préjudice des acquereurs, & encor que depuis le traité de mariage le pere & la mere euffent vécu enfemble comme gens mariez, cela ne fait rien, puis qu'ils n'avoient celebré leur mariage qu'en 1597. le mariage ne fe reïtere point entre mefmes perfonnes, il eft de droit public & ne peut-eftre prouvé ny fait par les reconnoiffandes parties, *L. non nudis ff. de probationibus.* Le traité de mariage ne fait point le mariage, *tabulæ nuptiales non faciunt matrimonium.* Pour les enfans on difoit que du jour du traicté les droits que la Loy leur donne par le mariage leur étoient acquis, que le mariage a plufieurs actes dont le traité eft le premier, & qu'aprés l'accompliffement le tout eft reputé pour un feul acte, que par le Droit Civil, *L. divi Conftantini*, & autres tit. *de naturalibus*

liberis Cod. les enfans nez *ante dotalia instrumenta* quand le mariage étoit solemnisé avoient les mesmes droits & prérogatives sans distinction. La Cour adjugea le tiers aux enfans du jour du traité de mariage, les sentimens des Juges furent fort partagez sur cette question, il s'en trouva neuf de l'avis de l'Arrest, & sept contredisants; l'opposition formée à la celebration du mariage, empêchoit que les acquereurs ne tirassent avantage du retardement.

Pour ne rien oublier touchant l'hypotheque du doüaire, & de la dot: il est important d'expliquer ce que l'on doit comprendre sous ce terme de *dot*, & si tous les biens appartenans à la femme doivent être reputez dotaux: Car quoy que Monsieur d'Argentré ait estimé que suivant toutes les Coûtumes de France, il n'y ait plus de difference entre les biens de la femme, & qu'ils puissent demeurer *eodem jure* entre les mains du mary, il est certain toutefois que la Coûtume de Normandie dans les Articles 539. & 542. y a mis de la distinction. Suivant l'Article 539. si la dot de la femme a esté alierié elle en a recompense du jour du Contrat de mariage: mais suivant l'Article 542. pour tous ses autres biens autres que la dot soit qu'ils luy appartiennent par succession, donation acquisition, ou autrement, la recompense qui luy en est deuë n'a hypotheque que du jour de l'alienation.

En Normandie il y a difference entre les biens de la femme pour l'hypotheque sur les biens du mary.

Il semble que nous ayons emprunté cette distinction du droit Romain *L. fin* ꝭ. *fin. C. qui pot. in Pign.* Car l'Empereur Justinien aprés avoir déclaré tous les privileges qu'il accordoit à la veritable dot il finit par ces termes, *hæc autem tantum ad dotem sancimus non ad ante nuptias donationem quam suo tempori servire disponimus.*

Il y a donc de la difference entre la veritable dot & les autres biens de la femme: & quoy que la Coûtume de Normandie n'ait point expliqué ce qu'elle entend par la dot & en qnoy elle differe des autres biens, neanmoins cette difference est certaine par l'usage & par la Jurisprudence des Arrests.

Ce que c'est que la dot & en quoy elle consiste.

L'on comprend dans la dot tout ce que la femme apporte au mary par son Contrat de mariage, & tout ce qui luy échet par succession en ligne directe; la raison est que la succession du pere & de la mere & des autres ascendans est reputée le propre

bien de la femme à cause de l'esperance que les enfans ont de posseder quelque jour les biens de leurs peres & meres.

Les termes de l'Article 542. donnoient lieu de douter de cette verité, car il contient que pour les autres biens appartenans à la femme soit par succession, donation, acquisition ou autrement, s'ils ont esté alienez elle n'a hypotheque pour sa recompense que du jour de l'alienation : D'où l'on inferoit que la Coûtume ayant mis difference entre les biens qui appartenoient à la femme par succession, sans distinguer si cette succession étoit directe ou collaterale, l'on ne pouvoit reputer pour dot ce qui luy appartenoit à droit successif soit en ligne directe, ou collaterale.

Les Commentateurs de cette Coûtume, Berault & Godefroy avoient rendu la chose encore plus douteuse, le premier avoit estimé que la dot s'entend des immeubles dont la femme estoit saisie lors de son mariage, & Godefroy appelle dot l'heritage ou la rente donnée en faveur de mariage pour tenir le nom, costé & ligne de la femme ou qu'elle possede lors d'iceluy, & que partant ce que la femme possede, *Sine matrimonio dos non est*, parce que la dot a sa relation au mariage.

Mais nonobstant tous ces raisonnemens l'on a trouvé tant de justice à mettre au rang de la dot tout ce qui venoit à la femme en ligne directe que l'usage s'en est étably sans aucune opposition : Outre les anciens Arrests qui peuvent avoir servy de fondement à cet usage j'en rapporte deux qui l'ont confirmé, le premier est du 24 May 1661. entre les sieurs de Fribois & le sieur le Bourgeois sur un appel du Juge de S. Silvin, il fut jugé que pour les alienations faites par le mary de biens échus à sa femme depuis son mariage elle en auroit recompense du jour de son Contrat de mariage ; plaidans de la Lande & Theroude. Le second est du 13 Fevrier 1666. entre Me Mathurin Goeslin, Elû en l'Election d'Evreux, Tuteur des enfans mineurs de Guillaume Ferrand & André du Bosc, sieur de la Cour de Bononeville Demandeurs, & Loüys de Givry sieur d'Incourt, & Gabriel de Lesnerat sieur de Meneville, ayant épousé Demoiselles Catherine & Elizabeth du Bosc, filles d'André du Bosc sieur d'Emandreville & heritiere de Marguerite des Champs leur mere Défendeurs ; le sieur d'Esmandreville avoit épousé lad. Marguerite des Champs,

à laquelle la succession de Marguerite Romé sa mere estoit échûë depuis son mariage, le sieur d'Emandreville ayant alıené des rentes qui faisoient partie de cette succession, lesdits sieurs d'Incourt & de Meneville heritiers de la Dame d'Emandreville en demandoient le remploy du jour du Contrat de mariage de leur mere, quoy que sa succession luy fust échûë depuis son mariage, ce qui leur fut accordé par ledit Arrest. J'ay remarqué par les écrits des parties qu'il n'y avoit pas de contestation formée expressement sur ce point, mais lesdits sieurs d'Incourt & de Meneville demandoient leur remploy en hypotheque du jour du Contrat de mariage; ainsi la femme pour les biens qui luy appartiennent lors de son mariage, & qui doivent tenir son nom costé & ligne, & pour ceux qui luy viennent en ligne directe a l'hypotheque du jour de son Contrat.

En Normandie les femmes ne peuvent s'obliger pour & avec leurs maris.

En Normandie les femmes ne pouvans s'obliger pour & avec leurs maris, nous ne tombons point dans ces questions qui causent tant de desordres ailleurs, à sçavoir de quel jour la femme a son hypotheque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mary, car toutes les dettes qu'elle contracteroit estant nulles, & par consequent ne pouvant estre contrainte de les acquiter, elle n'a pas sujet d'en prétendre une indemnité.

Entre les questions douteuses qui furent proposées aux Mercuriales du Parlement de Paris; la premiere, fut de sçavoir si dans le Contrat de mariage il n'y a point de convention précise pour la dot, le doüaire, ce qui est échû constant le mariage, le remploy des propres & l'indemnité des dettes, ou s'il n'y a point de Contrat de mariage ou qu'il ait esté passé hors le Royaume, l'hypotheque ne laissera pas d'estre dûë du jour du Contrat de mariage si la celebration est publique & solemnelle; & il fut répondu que quand par le Contrat de Mariage il y a convention de doüaire, & ce qui est échû pendant & constant le mariage, le remploy de propres & l'indemnité de dettes, la femme ou ses heritiers & creanciers ont hypotheque du jour dudit Contrat: mais lors qu'il n'y en a point du tout ou qu'il a esté passé hors le Royaume, il ne peuvent prétendre hypotheque pour l'indemnité des dettes que du jour que la femme se sera obligée; & pour le doüaire & ce qui sera échû pendant le mariage, ensemble pour le remploy des propres du jour de la celebration du ma-

riage si elle est publique & solemnelle.

L'on proposa encore cette autre question, à sçavoir, soit qu'il y ait contrat de mariage ou qu'il n'y en ait point, si l'hypotheque des deniers dotaux est preferable à celle du doüaire, celle des arrérages du doüaire dûs à la Veuve, à l'hypotheque du fonds appartenant aux enfans, ce qui est échû durant le mariage & l'action du remploy des propres tant des alienations necessaires que des volontaires par concurrence aprés le doüaire, le préciput s'il est stipulé & enfin l'indemnité des dettes: & il fut répondu que soit qu'il y ait Contrat de mariage ou non, l'ordre des hypotheques est que les deniers de la dot, & ce qui est échû à la femme durant son mariage sont preferez au doüaire, les arrérages du doüaire dûs à la femme au fonds d'iceluy appartenant aux enfans, le remploy des propres & le préciput sont colloquez avant l'indemnité des dettes.

C'est encore une celebre question si sous ce nom de *dot* on doit comprendre tous les biens de la femme, ou si le doüaire doit estre preferé au remploy de ses propres alienez au rachat des rentes qui luy appartenoient & à ses autres conventions autres toutefois que la vraye dot?

Cette question fut mûë au procez évoqué du Parlement de Paris, & renvoyé en ce Parlement, entre Messire Gabriel Auguste de Thou & Messire Jacques Auguste de Thou freres, Demandeurs en Lettres de recision contre Messire Estienne d'Aligre, Chevalier Chancelier de France, Messire Thierry Bignon Maistre des Requestes, & President au Grand Conseil, Messire Henry de Fourcy President aux Enquestes du Parlement de Paris, & Messire Louys Henry Faye d'Espesses, Directeur des creanciers de Messire Auguste de Thou, cy-devant President au Parlement de Paris, & Ambassadeur de Sa Majesté en Hollande, Défendeurs. Le fait estoit que Monsieur le President de Thou avoit fait un abandonnement de tous ses biens à ses creanciers, & dans l'ordre qui fut dressé ils colloquerent le remploy des rentes appartenantes à Madame la Presidente de Thou, qui avoient esté rachetées avant le doüaire Coûtumier.

Les sieurs de Thou s'estant pourvûs de Lettres de recision contre le Contrat d'abandonnement fait par leur pere, ils se plaignirent qu'on y avoit procedé avec tant de surprise que Mes-

sieurs les Directeurs dans l'ordre qu'ils avoient fait, avoient colloqué le remploy des rentes rachetées avant le Doüaire Coûtumier, & pour montrer que cette collocation estoit mauvaise, Greard leur Avocat soûtenoit que ç'avoit esté de tout temps une grande question de sçavoir si dans le débris des affaires d'un mary la dot est preferable au doüaire, qu'il y avoit eu des Arrests differens; mais qu'enfin les derniers avoient jugé pour la dot, mais que le Commentateur de Monsieur Loüet, qui raporte ces Arrests en la l. D. n. 40. ajoûte que cette preference ne devoit pas estre étenduë au preciput, remploy & indemnité des dettes ausquelles la femme est obligée pendant le mariage & autres semblables conventions ausquelles partant le doüaire des enfans est preferable, & qu'en un mot la preference jugée par les Arrests n'est que pour la vraye dot, qui consiste aux deniers par elle aportez réellement & effectivement en mariage, où qui luy ont esté promis & payez durant iceluy & non pour le remploy de ses propres, acquit & indemnité de ses dettes; car, dit cét Auteur, le remploy des propres de la femme n'a son hypotheque du jour de son Contrat de mariage que par fiction, le doüaire l'a réellement, & comme la verité est plus forte que la fiction, il est juste que le doüaire marche le premier.

Les enfans ont leur hypotheque asseurée du jour du contrat de mariage.

L'effet retroactif que l'on donne à ce remploy peut bien avoir lieu à l'égard des creanciers intermediaires qui n'estoient pas encore au monde, mais non pas à l'égard des enfans qui ont leur hypotheque fixe & asseurée du jour du Contrat, le lieu est remply par eux en vertu d'une dette favorable & privilegiée, & ce remploy trouvant la place occupée c'est une necessité qu'il se mette aprés. Enfin si cela avoit lieu, la femme seroit maistresse de la fortune de ses enfans, & il seroit en son pouvoir quand il luy plairoit de leur faire perdre le doüaire.

Les Défendeurs ont esté contraints de demeurer d'accord de cette verité, car dans leur ordre prétendu ils n'ont pas osé mettre le doüaire dont il s'agit aprés le remploy des heritages alienez, mais ils l'ont mis aprés le remploy des rentes rachetées, prétendans qu'il faut faire une notable difference entre la vente des fonds appartenans à la femme & le rachapt de ses rentes, c'est à dire, entre les ventes volontaires & les ventes forcées.

Mais pour les convaincre encore sur ce point, les Deman-

deurs se servent de l'autorité du mesme Brodeau, qui aprés avoir étably la distinction de la vraye dot d'avec les autres conventions de mariage, & prouvé par les Arrests que le doüaire Coûtumier precede le remploy des propres, conclut par ces termes remarquables; *Et cela procede à l'égard de toute sorte de remploy tant des ventes volontaires que necessaires & forcées, comme sont les rachapts des rentes.*

En effet ce qui donne au doüaire Coûtumier la preference sur les propres vendus, c'est que le doüaire a son hypotheque réellement du jour du Contrat, & que le remploy des propres alienez ne l'a que par fiction: c'est parce que le doüaire a une place asseurée, dont il ne peut être dépossedé par des alienations posterieures: c'est enfin parce que la femme seroit maistresse de la fortune de ses enfans.

Mais les Demandeurs passent plus avant, car ils prétendent que leur douaire étant prefix & stipulé par le Contrat de mariage, il doit marcher d'un pas égal avec la vraye dot, auquel cas son ordre étant plus avancé il y a encore bien moins de difficulté à la collocation.

La principale raison qui donne la preference à la dot sur le doüaire Coûtumier, c'est que la dot a son hypotheque du jour du Contrat de mariage, & que le doüaire Coûtumier n'a droit regulierement que du jour de la celebration du mariage; mais quand l'un & l'autre est stipulé par un mesme acte, il n'y a point de doute qu'ils ne décendent tous deux d'un mesme principe. Tronçon sur l'Art. 247. de la Coûtume de Paris le décide en termes formels; ce n'est pas, dit-il, sans cause que l'on fait un doüaire purement Coûtumier, & Coûtumier par convention, car le pur Coûtumier ne reçoit son hypotheque sinon du jour de la benediction nuptiale, & celuy qui est convenu a son hypotheque du jour du Contrat, encore qu'entre le jour du Contrat il y ait des dettes contractées, ce qui n'est point au pur Coûtumier.

Du doüaire purement Coustumier & du doüaire par convention.

Monsieur Bouguier cite un Arrest formel qui fait la distinction du doüaire prefix & du doüaire Coûtumier, qui donne au premier l'hypotheque du Contrat de mariage, & au second celle de la celebration seulement; il a esté jugé, dit-il, que le doüaire Coûtumier introduit par l'Article 248. de la Coûtume, qui

est la moitié de ce que le mary possede au temps des épousailles, ne s'entend que lors qu'il n'y a point de Contrat de mariage passé entre les parties, mais lors que la stipulation pour le doüaire a esté nommément établie par le Contrat, il remonte jusques à ce jour pour le prétendre par la femme sur les biens de son mary, au préjudice des creanciers qui auroient contracté entre les deux temps; c'est à sçavoir entre le Contrat & la benediction. Mornac sur la *l. 54. de jure dotium*, est du mesme avis que *hypotheca conventionum nuptialium retrotrahitur ad diem contractus matrimonii, excipitur tamen dotalitium non quidem conventionale, sed statutarium; ut cui initium fiat à solo die festivitatis nuptiarum.*

Au contraire pour soûtenir la validité de la collocation faite par Messieurs les Directeurs, je répondois pour eux que les Demandeurs avoient entrepris inutilement de prouver par l'autorité de Monsieur Loüet & de son Commentateur, que le doüaire Coûtumier doit estre preferé au remploy des propres, puisqu'ils n'ont jamais contesté que le doüaire prefix aussi bien que le Coustumier a dû être preferé au remploy des propres de la femme alienez pendant son mariage; mais comme les Demandeurs passent plus avant, lors qu'ils soûtiennent que le doüaire Coûtumier doit être preferé, non seulement au remploy des propres, mais encore au rachat fait entre les mains du mary pendant le mariage, des rentes appartenans à sa femme, suivant l'opinion de Maistre Julien Brodeau, ils sont obligez de dire que quelque déference que l'on doive avoir pour un Auteur si celebre, il s'étoit trompé lors qu'il avoit crû que le doüaire precedoit aussi bien la reprise des rentes de la femme rachetées entre les mains du mary, que le remploy des propres alienez pendant le mariage, puisqu'il est d'un usage incontestable au Parlement de Paris, que dans tous les ordres qui se font, on baille la mesme hypotheque & preference à ces sortes de reprises qu'à la dot; dont on peut dire que lesdites rentes sont une partie, lors particulierement qu'elles appartiennent à la femme auparavant son mariage comme en l'espece qui se presente; tellement que si la dot de la femme doit preceder le doüaire, comme on n'en peut pas douter, il faut par une suite necessaire que le remploy des rentes rachetées le precede pareillement.

La raison de la difference entre ces sortes de reprises, & le remploy des propres alienez est, que le rachat des rentes appartenantes à la femme fait par ses débiteurs entre les mains du mary en qualité d'Administrateur des biens de sa femme, est consideré comme une vente forcée, estant toûjours en la faculté du debiteur de se liberer, & n'estant pas au pouvoir du creancier de refuser le rachat de sa rente, au lieu que l'alienation qui se fait pendant le mariage des propres de la femme est volontaire & libre de la part de la femme, puis qu'elle ne se peut faire sans son consentement, ce qui fait qu'encore que le remploy des propres ait son hypotheque du jour du Contrat de mariage, aussi bien que la reprise des deniers dotaux & des rentes rachetées, neanmoins lors qu'il est question d'en faire la collocation au profit de la femme sur les biens du mary, il n'a pas le mesme privilege que la reprise des rentes rachetées qui va de pair avec la dot, & partant doit preceder le doüaire, autrement il arriveroit que la femme & ceux qui sont en ses droits souffriroient un notable préjudice, si le mary pouvant recevoir tout ce qui luy est dû & le dissiper, avoit cet avantage de remettre l'hypotheque de la reprise des deniers par luy reçûs aprés le doüaire, qui est le propre de ses enfans & ruïner ainsi la femme & ses creanciers; aussi cet Auteur de l'authorité duquel les Demandeurs prétendent se servir, ne rapporte aucun Jugement ny Arrest qui puisse avoir donné lieu à son opinion, & pour les raisons alleguées de la part des Demandeurs, elles sont fondées sur un mauvais principe, qui est que le doüaire à son hypotheque du jour du Contrat de mariage, au lieu que le remploy des propres de la femme alienez ne l'a que par fiction, mais l'hypotheque du rẽploy ayant esté expressement stipulée par le Contrat de mariage, on ne peut pas nier qu'elle ne soit réelle aussi bien que celle du doüaire, & par consequent que cette fiction prétenduë que l'on veut donner à l'hypotheque du remploy ne soit imaginaire.

Le creancier ne peut refuser le rachat d'une rente.

Il faut passer à la seconde proposition des Demandeurs par laquelle ils soûtiennent que leur doüaire estant un doüaire prefix stipulé par Contrat de mariage de leur mere il doit marcher d'un pas égal avec la vraye dot, la raison sur laquelle ils se fondent est que quand la dot & le doüaire sont stipulez par un mesme Acte, comme ils décendent l'un & l'autre d'un mesme

principe, ils doivent avoir le mesme principe suivant l'opinion de Tronçon sur l'Article 247. de Monsieur Bouguier L. D. n. 17. & Mornac sur la Loy 54. *de jure dotium*.

Le doüaire purement Coustumier, c'est quand il n'y a point de contrat de mariage.

Ces Auteurs disent qu'il faut distinguer entre le doüaire purement Coustumier & le doüaire par convention, c'est à dire entre le doüaire Coustumier introduit par la Coûtume lors qu'il n'y a point de Contrat de mariage, & le douaire stipulé par le Contrat, qu'à l'égard du premier il ne reçoit son hypotheque que du jour de la benediction nuptiale, mais que pour l'autre il a son hypotheque du jour du Contrat, quoy qu'entre ledit contrat & la benediction nuptiale il y ait des dettes contractées: mais on ne peut faire aucune application de cela à ce que les demandeurs prétendent prouver, sçavoir que le douaire prefix & la dot marchent d'un pas égal, puis qu'il y a grande difference entre l'hypotheque ou le privilege que l'on donne à l'un au préjudice de l'autre.

Le doüaire par convention est stipulé par le contrat.

On ne disconvient point que le doüaire soit prefix, soit coûtumier, estant stipulé par le Contrat de mariage n'ait le mesme privilege que la dot venant tous deux d'un mesme principe, mais que sous pretexte qu'ils ont une mesme hypotheque ils concourrent ensemble & marchent d'un pas égal dans l'ordre de la distribution qui se fait des biens du mary, c'est ce qui ne peut estre raisonnablement avancé, autrement il s'ensuivroit que le remploy des propres de la femme alienez pendant le mariage, le preciput & l'indemnité des dettes dont l'hypotheque aussi bien que celle du doüaire vient du jour du contrat de mariage devroient avoir leur collocation concurremment avec la dot, ce que les Demandeurs ne prétendent pas.

Aussi Monsieur Bouguier parlant des privileges octroyez à la dot, L. D. *n.* 15. dit que les Arrests mesme ont jugé qu'en concurrence de la dot & du doüaire entre les creanciers de l'un ou de l'autre, les creanciers de la dot sont preferez & viennent les premiers en ordre sans entrer en contribution quoy que les uns & les autres soient creanciers par un mesme contrat, & que leur hypotheque soit en mesme temps.

Mais il est surprenant que les Demandeurs ayent osé avancer cette proposition aprés les Arrests rapportez par Monsieur Loüet & son Commentateur, l. D. n. 40. par lesquels il a esté

pareillement jugé que la dot de la femme estoit preferable au doüaire des enfans, quoy que l'un & l'autre ait esté stipulé par un mesme contrat, & cette Jurisprudence a esté étenduë mesme en faveur des creanciers contre les enfans, comme estant le droit de preference pour les deniers dotaux, réel & transmissible, & non special & attaché à la personne de la femme.

La cause ayant esté apointée au Conseil comme aucune des parties ne citoit point d'Arrest qui eust décidé la question, quoy que chacun alleguast que c'estoit la Jurisprudence & l'usage du Palais, ils apporterent de part & d'autre des consultations signées des plus celebres Avocats du Parlement de Paris : Ceux qui respondoient en faveur des Sieurs de Thou adjoustoient à l'autorité de Maistre Julien Brodeau, celle de la Coustume de Paris, Article deux cens quarante neuf, qui dit que le doüaire Coûtumier de la femme est le propre heritage des enfans venans dudit mariage, en telle maniere que les peres & meres desdits enfans dés l'instant de leur mariage ne le peuvent vendre, engager ny hypothequer au préjudice de leurs enfans. Car ils disoient que de cet Article l'on avoit toûjours tiré cette conclusion, que depuis le mariage il ne se peut rien faire par les peres & meres, *nec in committendo nec in omittendo* au préjudice du doüaire des enfans qui sont les veritables creanciers de leur doüaire, qui ne leur est pas dû comme une grace du pere, mais comme un bienfait de la Loy ; aussi il est évident qu'il n'y auroit point de doüaire Coûtumier & prefix que l'on ne pust rendre illusoire & sans effet, s'il estoit dans la liberté des peres & des meres d'y donner atteinte, en consumant les deniers dotaux qu'ils auroient touchez des propres alienez & des rentes rachetées de la mere.

Les Avocats consultez par Messieurs les Directeurs estoient d'avis contraire par ces raisons que la dot est une restitution que le mary fait à la femme de son bien, & que le doüaire est un avantage que le mary fait de son propre ou que la Loy fait pour luy. Or la restitution du bien d'autruy doit naturellement preceder ce qui est de la liberalité de l'homme ou de la Loy, & comme il n'y a dans les biens du mary que ce qui reste aprés les biens de sa femme dont il a eu l'administration, distraits, il s'ensuit necessairement qu'il faut prendre la restitution de la dot

avant que l'on exerce le doüaire, à cela joint que le doüaire ne vient qu'en consequence du mariage, & le mariage ne se contracte que sous la condition de la dot, de sorte que la dot precede le doüaire dans l'ordre des conventions.

La dot est preferé à la donation, à cause des nopces.

Et en effet dans le Droit civil la dot est preferée à la donation à cause des nopces qui répond à nôtre doüaire, comme il se voit par la Loy *assiduis*.

Or les rentes rachetées pendant la communauté font constamment partie de la dot, de sorte que l'on ne peut pas refuser de leur donner la preference sur le doüaire, aussi bien qu'aux autres deniers dotaux, & cela sans distinguer si la femme a signé dans les quittances de rachat avec le mary ou non, puis qu'en l'un & en l'autre cas, c'est toûjours le mary qui reçoit, & que ce n'est point la signature de la femme qui donne lieu au rachat, qui seroit toûjours fait sans cela.

Il y a seulement une distinction à faire des alienations volontaires faites par le mary des immeubles dont il ne pouvoit disposer ausquels la femme a consenty, & qui ne sont valables que par son consentement d'avec les alienations qui ne dépendent point de la volonté de la femme : Au premier cas l'action de remploy qu'elle a pour raison de ce ne vient qu'aprés le doüaire, mais c'est à cause de l'Art. 249. de la Coûtume de Paris, qui dit que depuis le mariage contracté les peres & meres ne peuvent vendre ny hypothequer le doüaire, car l'action de remploy des heritages alienez ne naist que de l'alienation que la femme en a faite volontairement avec son mary, & long-temps depuis le doüaire étably; de sorte qu'elle procede purement du fait de la femme, & il ne seroit pas juste que par son propre fait & que par cette alienation toute volontaire elle eust pû détruire le droit de doüaire acquis à ses enfans.

La femme ne peut détruire le droit de doüaire acquis à ses enfans.

Mais il n'en est pas de même d'une rente propre de la femme rachetée durant le mariage, car ce n'est point une alienation volontaire de la part de la femme, puisqu'elle ne pouvoit pas empescher le rachat; la signature de la femme à la quittance ne fait aucune consequence, puisque ce n'est autre chose qu'une consequence que son mary a reçû & non point une alienation de la chose qu'elle fasse au debiteur, le rachat des rentes n'est point une alienation, mais seulement une résolution du Con-

trat & un retour des choses au premier état, puis qu'aprés cela il ne subsiste plus rien de la rente.

Messieurs les Dicteurs ajoutoient à cette consultation un Acte de notorieté du Chastelet, qui contenoit que pour tous les deniers que le mary peut toucher sans avoir besoin de la signature & du consentement de sa femme, l'hypotheque en est preferable à celle du douaire, mais que pour les alienations de ses propres qu'elle fait avec son mary, ou les rachats dont elle donne quittance avec luy, le consentement qu'elle y preste luy fait perdre son hypotheque à l'égard du douaire.

Sur cette question les opinions des Juges furent my-parties en la Grand'Chambre le 19 d'Aoust 1676. Monsieur Fauvel Raporteur fut d'avis que le remploy des rentes rachetées doit être preferé au douaire, à la reserve des rachats où la Dame de Thou auroit signé, Mr Busquet compartiteur, que le douaire devoit preceder le remploy des rentes rachetées, quoy que la Dame de Thou n'ait point signé aux quittances des rachats.

Auparavant que l'on procedast au Jugement du Procez sur le partage, il intervint Arrest sur le mesme fait au Parlement de Paris, en la quatriéme Chambre des Enquestes le cinq d'Avril 1677. entre Demoiselle Marguerite Galard d'une part, & Messire René de Marillac, Chevalier Conseiller du Roy en ses Conseils, Maistre des Requestes ordinaire de son Hôtel, Messire Jacques Portail, Conseiller en la Cour & autres, d'autre part. Il s'agissoit au procez de ces deux questions, l'une de sçavoir si la reprise des rentes appartenantes à la femme, & dont le rachat a esté fait tant à elle qu'à son mary conjointement doit être preferé au douaire des enfans sur les biens du mary; l'autre si la femme ou ses creanciers exerçans ses droits doivent estre colloquez pour ce qui a esté ameubly dans la communauté & dans le mesme ordre que le surplus de la dot, surquoy intervint l'Arrest qui ensuit.

Extrait des Registres du Parlement de Paris.

ENtre Demoiselle Marguerite Gallard, Fille Majeure, Demanderesse en Requeste du 22 Fevrier 1675. d'une part, & Messire René de Marillac Chevalier, Conseiller du Roy en

ſes Conſeils, Maiſtre des Requeſtes ordinaire de ſon Hoſtel, Meſſire Jacques Portail Conſeiller en la Cour, Meſſire Paſſard, Conſeiller au Grand Conſeil, Meſſire Jean Guynet, Conſeiller du Roy, & Maiſtre Ordinaire en ſa Chambre des Comptes, Meſſire François de Hotman, Chevalier Seigneur de Morfontaines & de Villiers, Saint Georges Conſeiller & Maiſtre d'Hoſtel ordinaire du Roy, Maiſtre Leonard Druault, ſieur de la Boullaye, Conſeiller du Roy & Correcteur en ſa Chambre des Comptes, Creanciers & Directeurs des autres Creanciers de Meſſire Claude Galard, Conſeiller du Roy, Preſident honoraire en la Chambre des Comptes, & Dame Claude Bordier ſon épouſe, Défendeurs & Demandeurs en Requeſte du 21. Mars d'autre, & ladite Demoiſelle Galard Défendereſſe d'autre.

VEU par la Cour en la quatriéme Chambre des Enqueſtes, ladite Requeſte du 22 Février 1675. & demande de ladite Galard, à ce qu'en tant que beſoin eſtoit ou ſeroit, elle fuſt reçûë appellante du pretendu Acte ou projet d'Ordre, & diſtribution faite par leſdits Directeurs, tant comme de Juges ſans pouvoir & ſans caractere, qu'autrement, la tenir pour bien relevée, & convertir ledit appel en oppoſition; & faiſant droit ſur le tout, ordonner qu'aprés la ſomme de deux cens mille livres de Dot, apportez en deniers comptans par ladite Dame Galard ſa mere, par ſon Contrat de mariage avec ledit ſieur Preſident Galard ſon pere, elle ſeroit colloquée immediatement pour la ſomme de quatre-vingt mille livres; à quoy montoit le fonds du doüaire prefix de quatre mille livres de rente par chacun an, comme eſtant propre à ladite Galard, tant en vertu de l'Article 255. de la Coûtume de Paris, qu'en vertu de la ſtipulation portée par le Contrat de mariage, ſauf aux creanciers à ſe faire colloquer pour les autres ſommes dûës à ladite Dame Galard, poſterieurement audit doüaire; comme auſſi en tant que beſoin ſeroit, elle fût reçûë appelante de toutes les Publications, Affiches & Encheres faites, & reçûës conjointement & confuſément pour raiſon des deux Terres differentes & ſeparées, l'une de Courance & l'autre de Dammemois, enſemble de l'Adjudication, ſauf quinzaine, qui avoit eſté faite pendant le mois de Janvier 1675. dans l'aſſemblée deſdits Creanciers confuſément

&

conjointement desdites deux Terres de Courance & Damnemois, & de tout ce qui s'en étoit ensuivy; comme aussi qu'elle fust reçûë opposante à l'adjudication qu'elle avoit apris devoit être faite ce jourd'huy desdites Terres: Et faisant droit sur le tout, ordonné que lesdites deux Terres seroient publiées, encheries & venduës separement, & lesdits Directeurs condamnez en leurs propres & privez noms, en tous les dépens faits ou à faire par ladite Galard sur lesdites appellations & oppositions: ordonner que sur lesdites appellations les Parties viendront plaider à l'Audience; Cependant défenses particulieres ausdits Directeurs, Creanciers & tous autres, de passer outre à aucune execution dudit prétendu Acte ou projet d'Ordre & de distribution, ny a aucune adjudication diffinitive desdites deux Terres, conjointement & confusement, à peine de nullité de tous actes & dépens, dommages & interests de ladite Galard, contre lesdits Directeurs en leurs propres & privez noms. Ladite Requête desdits Directeurs du 20 Mars 1675. à ce qu'il fut ordonné que le contrat d'abandonnement fait par lesdits sieur & Dame Galard, ensemble l'Arrest d'homologation seroient executez: & cependant qu'il seroit procedé à la vente de ladite Terre, & en cas de contestation par ladite Galard, qu'elle demeureroit responsable en son nom des interests des sommes dûës ausdits Creanciers, & des dommages & interests qui seroient pris sur la terre de Nanteau, & autres choses delaissées par le Contrat de direction. Arrest du 9 Avril 1675. par lequel auroit été donné Acte à ladite Galard, de ce qu'elle consentoit que toutes les appellations fussent converties en oppositions: ce faisant auroit esté reçûë opposante à l'adjudication desdites Terres de Courance & Damnemois, si aucune y avoit: Ordonné qu'elles seroient venduës en la direction, en la maniere accoûtumée, au plus offrant & dernier encherisseur, conjointement ou separement, ainsi qu'il seroit jugé en ladite direction, & sur la demande encollocation, les Parties auroient esté appointées en droit à écrire & produire, le tout dans le temps de l'Ordonnance, productions, contredits, salvations & réponses: Requeste de ladite Galard du 2. Mars 1676. à ce qu'en augmentant les conclusions par elles prises: elle se constituoit incidemment Demanderesse, à ce qu'elle fust colloquée sur les biens dudit sieur Galard son

pere pour son doüaire immédiatement aprés les six-vingt mille livres, faisant partie de deux cens mille livres, donnez en mariage ausdits sieur & Dame Galard en deniers, sans que lesdits creanciers peussent renoncer à la Communauté, ny prendre ladite somme de quatre-vingt mille livres, laquelle faisoit le surplus des deniers comptans qui étoit demeurée ameublie en ladite Communauté: Et encores à ce que les deux & trois articles de la seconde partie dudit projet d'Ordre fussent rayez; par lesquels il avoit esté dit que lesdits creanciers seroient payez sur les biens dudit sieur President Galard, de pareille somme que celle qui proviendroit des ventes qui seroient faites des maisons appartenant en propre à ladite Dame Presidente Galard, & en outre à ce que ledit projet d'Ordre fut encore reformé touchant le prix qui proviendroit de la vente de la maison située en l'Isle nostre-Dame, des Places sur le Pont Marie, & du tiers de la maison scise au bout du Pont Saint Michel, toutes lesdites maisons & places étant des propres de ladite Dame Presidente Galard, & qu'il fust dit & ordonné que lad. Galard seroit colloquée pour son doüaire sur tous lesdits biens propres de ladite Dame Galard, du jour du Contrat de mariage d'entre ledit sieur President Galard & ladite Dame sa femme, pere & mere de lad. Galard, du 11 Decembre 1646. & avant tous les Creanciers posterieurs audit 11 Decembre 1646. le tout suivant les clauses de la Transaction passée entre ladite Galard & lad. Dame Galard d'une part, & lesdits creanciers d'autre le 5 Aoust 1673. homologuée entre les parties le 22. desdits mois & an, & qu'Acte fut donné à lad. Galard, de ce que pour satisfaire à l'Article de l'Ordonnance, elle employoit pour toute production sur lesd. trois demandes, le contenu en lad. Requeste avec les pieces y mentionnées, & tout ce qu'elle avoit écrit & produit en l'instance principale: Ordonné que lesdits creanciers seroient tenus de fournir de défenses, & produire: Sur laquelle Requeste par Ordonnance, étant enfin d'icelle, auroit esté donné Acte de l'employ: Ordonné que lesdits Défendeurs fourniroient de défenses, & produiront de leur part dans trois jours. Autre Requeste desdits Directeurs employée pour défences & production. Requeste de ladite Galard du 7 Aoust 1676. à ce qu'Acte luy fut donné de ce qu'en tant que besoin est ou seroit, elle reformoit &

revoquoit les conclusions que l'on avoit prises pour elle par sa Requeste du 22 Février 1675. sur la Collocation de son doüaire immediatement aprés les deux cens mille liv. promis en deniers comptans par le Contrat de Mariage de ladite Dame Galard sa Mere, audit Sieur Galard son Pere, tant à cause que lesdites conclusions étoient pleines d'erreurs de fait & de droit, à l'égard des quatre-vingt mille livres qui furent lors ameublis en la Communauté sur ladite somme de deux cens mille livres, dont le surplus montant à cent vingt mille livres, fut seulement stipulé propre à ladite Galard sa Mere, qu'à cause que lesdites conclusions erronées n'avoient jamais esté acceptées par lesdits creanciers. En second lieu, qu'il luy fust donné Acte de ce qu'en tant que besoin étoit ou seroit, elle entendoit interpreter & augmenter par ladite Requeste, les conclusions par elle prises dans sa Requeste du 2 Mars de l'année 1676, ce faisant qu'Acte luy fust donné de ce qu'en consequence de ces reformations, revocations, interpretations & augmentations, elle se constituoit Demanderesse, à ce que faisant droit sur le premier Chef de sa Requeste du 2 Mars, il fust ordonné qu'elle seroit colloquée pour le fonds de son Doüaire, immediatement aprés les cent vingt mille livres dotaux, stipulez propres à ladite Galard sa Mere, sans que lesdits Creanciers puissent renoncer à la Communauté, ny reprendre les quatre-vingt mille livres ameublis dans ladite Communauté, soit auparavant le Doüaire, & au préjudice d'iceluy, soit autrement, en quelque sorte & maniere que ce soit; & faisant droit sur le second Chef de ladite Requeste du 2 Mars: Il fust ordonné que les deux & troisiéme articles dudit projet d'Ordre, par lesquels il estoit porté que lesdits creanciers seroient payez sur les biens dudit Sieur Galard de pareille somme que celle qui proviendroit des ventes qui seroient faites des maisons appartenantes en propre à sa Femme, seroient rayez purement & simplement, sinon où il y auroit difficulté d'ordonner, ladite radiation purement & simplement, lesdites sommes qui proviendroient de la vente desdites maisons, seroient colloquées en vertu de la clause d'indemnité des dettes dans le rang desdites indemnitez, & par consequent aprés le Doüaire qui étoit preferable aux indemnitez

des dettes suivant les Arrests : Et faisant droit sur le troisiéme Chef de ladite Requeste du 3 Mars, il fust ordonné que le Contrat d'accommodement du 5 Aoust 1673. par lequel il auroit esté dit entre autres choses que la mouvance de la terre & Seigneurie de Courance, laquelle mouvance appartenoit à la terre de Nanteau, seroit transferée sur un seul arpent de ladite terre de Nanteau, qui demeureroit & appartiendroit ausdits Creanciers, dans lequel Contrat ladite Galard étoit intervenuë, & en avoit consenty l'execution, à la charge qu'elle pourroit exercer les droits, & hypotheques de son Doüaire sur tous les biens de ladite Galard sa Mere, aussi bien que sur ceux dudit Galard son Pere, seroit entierement executé en toutes ses clauses & conditions, selon leur forme & teneur, & qu'en ce faisant ladite Galard seroit entierement colloquée pour le fonds de sondit doüaire, sur tous les biens propres de ladite Dame Galard sa mere, aussi bien que sur ceux dudit Sieur President Galard son pere, du jour de leur contrat de Mariage du 11 Decembre 1646. le tout si mieux n'aimoient lesdits creanciers, que ledit contrat d'accommodement du 5 Aoust 1673. demeurast entierement nul, & resolu à l'égard de ladite mouvance de Courance, & du susdit arpent de Nanteau, & qu'en ce faisant ladite mouvance de Courance, & ledit arpent de Nanteau demeureroient & appartiendroient avec le reste de ladite terre de Nanteau à ladite Galard, laquelle en ce dernier cas seroit seulement colloquée sur les biens dud. Sieur President Galard dans le rang cy-dessus étably, immédiatement aprés les six vingt mille livres, & qu'Acte luy fust donné de ce que pour toute production sur lesdites nouvelles demandes, elle employoit l'inventaire de production attaché à ladite Requeste avec les pieces mentionnées audit inventaire, aussi attachées à ladite Requeste. Ce faisant, ordonné que les défendeurs fourniroient de défences, produiroient, & contrediroient, le tout dans huitaine, sur laquelle Requeste par ordonnance, estant enfin d'icelle auroit esté ordonné Acte, & au surplus ordonné que les défendeurs fourniroient de défenses, & produiroient dans le temps de l'Ordonnance, lesdits Inventaires, & pieces employées par ladite Galard pour production. Requeste desdits Directeurs employée pour défenses ; production ; & contredits ; Requeste de ladite

Galard employée pour salvations : Trois productions nouvelles, deux de ladite Galard, & une desdits Directeurs, contredits, salvations & réponses, instance entre ledit René de Marillac Portail, & consors, creanciers, & Directeurs des autres creanciers desdits Sieur & Dame Galard, demandeurs en Requeste du treisiéme Mars 1677. d'une part, & ladite Galard défenderesse d'autre, ladite Requeste du 13 Mars 1677. & demande desd. Directeurs, à ce qu'Acte leur fut donné de la renonciation qu'ils faisoient en tant que besoin étoit ou seroit à la communauté du sieur Galard President pour la Dame Galard sa femme, comme exerçans ses droits, & y étant subrogez, pour en consequence de ladite renonciation faire en son lieu & place les reprises de droit suivant les clauses de son Contrat de mariage, & estre les biens & profits & revenus distribuez aux creanciers de ladite Dame Galard en la Direction ainsi qu'il appartiendroit. Arrest du 18 Mars 1677. par lequel aprés que ladite Galard auroit soûtenu lesdits Directeurs non recevables, & mal fondez en leur Requeste, les parties auroient esté appointées en droit, à écrire & produire, & acte aux parties, de ce que pour toutes écritures & productions elles employoient respectivement, ce qu'elles avoient écrit, & produit, tout joint & consideré.

NOSTREDITE COUR par son Jugement & Arrest, faisant droit sur le tout : Ordonne que pour les sommes de 27500. livres d'une part reçûë par ledit Galard, & ladite Bordier sa femme pour le remboursement des rentes de Controlleurs Conservateurs, vingt mille livres d'autre, aussi reçûë par lesdits Galard & Bordier, pour partie du remboursement de la charge d'Intendant des Finances, & vingt deux mille livres encore d'autre, pour la part de ladite Bordier, dans les meubles dudit défunt Bordier, les creanciers de ladite Bordier exerçans ses droits, seront colloquez avant ledit doüaire ; & aprés ledit doüaire, seront encore lesd. creanciers esdits noms, colloquez pour l'indemnité du prix provenant des maisons appartenantes à ladite Bordier, déduction neanmoins prealablement faite sur ladite somme de vingt mille liv. de la somme de quatorze mille cinq cens liv. donnée audit Galard, par le partage des biens dudit Bordier, deboute ladite Galard du surplus de ses demandes, & la condamne aux

trois quarts des dépens, l'autre quart compensé, la taxation des adjugez par devers nôtredite Cour reservée. Fait en Parlement le 5 Avril 1677. Et plus bas est écrit, Collationné sur l'Original par moy Commis au Greffe de la Cour, en la quatriéme Chambre des Enquestes, le 20 May 1677. Signé, LE ROY. Avec Paraphe.

Il faut remarquer qu'au procez d'entre lesdits sieurs de Thou & leurs creanciers, la seconde question decidée par l'Arrest cy-dessus de la Demoiselle Galard avoit esté pareillement agitée, les creanciers ayant soûtenu que la somme de 60000 liv. qui avoit esté ameublie par le Contrat de mariage de la Dame de Thou pour entrer en la communauté, devoit estre reprise & colloquée dans le mesme ordre que le surplus de la dot; mais par l'Arrest du 19 d'Aoust 1676. ils en avoient esté deboutez, & par l'Arrest de la Demoiselle Galard on jugea le contraire.

Mais ce mesme Arrest ayant decidé la premiere question à leur préjudice, ils pretendoient que la Jurisprudence du Parlement de Paris demeurant certaine par cet Arrest, & le produisant pour piece nouvelle, les Juges pouvoient prendre de nouveaux avis. D'autre part les sieurs de Thou soûtenoient qu'il n'y avoit plus de partage, & que toutes les deux opinions leur faisoient gagner leur cause, parce qu'ils justifioient par des procurations & par des comptes que Madame de Thou avoit ratifié les quittances des rachats de rentes, & approuvé les comptes qui en avoient esté rendus par le nommé Perdrisot; de sorte que par l'avis de Monsieur le Rapporteur le doüaire estant preferé au remploy des rentes rachetées, lors que la femme avoit consenty au rachat; il n'y avoit plus diversité d'avis. Surquoy il fut rendu un Arrest le 29 Juillet 1677. sur la proposition faite par quelques-uns de Messieurs les Conseillers de la Cour, à sçavoir si lors qu'il y a eu partage en déliberant un procez en la Grand' Chambre qui n'a point esté départagé en la Chambre des Enquestes, mais renvoyé en la Grand' Chambre sur requeste & pieces nouvelles, l'on estoit libre de prendre un nouvel avis, ou si l'on estoit obligé de suivre les deux avis au chef où ils sont conformes, dautant que quelques-uns avoient témoigné qu'ils prendroient un nouvel avis sur le tout; il fut arresté qu'il

étoit de necessité de suivre les deux avis en tant qu'ils étoient conformes, & que l'on ne pouvoit changer ce qui avoit esté arresté par l'un & l'autre avis conformes, étant de l'ordre de se pourvoir auparavant par les voyes de droit; en consequence de cette resolution il intervint Arrest le mesme jour 29 de Juillet 1677. par lequel il fut ordonné que lesdits Sieurs de Thou seroient colloquez en ordre pour le doüaire le cas écheant par preference, à la reprise des rentes ayant appartenu à la Dame de Thou leur mere, jusques à la concurrence seulement du prix desdites rentes, dont le rachat avoit esté fait entre les mains de Perdrisot, en consequence des procurations de ladite Dame de Thou, & dont mention est faite aux comptes signez tant par ladite Dame que par ledit sieur de Thou son mary.

Cet Arrest ne peut être tiré en consequence, puisqu'il paroist par la resolution qui fut prise auparavant que de juger le procez, que si les choses eussent esté entieres il y avoit des Juges qui eussent pris un nouvel avis, mais les pieces nouvelles produites par le sieur Abbé de Thou ayant fait cesser la diversité d'opinions & les ayant conciliées, & les Juges étant obligez de se tenir à ce qui avoit esté deliberé, ils ne se trouverent plus en état de suivre ce qui avoit esté décidé par l'Arrest de la Demoiselle Galard.

En Normandie, dans les cas où l'on jugeroit que la dot seroit preferable au doüaire, le remploy des rentes appartenantes à la femme rachetées pendant le mariage tiendroit le mesme rang, soit que la femme y eust consenty ou non; la raison est que nous reputons pour vraye dot tout ce qui appartient à la femme au temps de son mariage, ou qui luy échet constant iceluy en ligne directe, & que d'ailleurs suivant l'Article 366. si le mary reçoit constant le mariage le rachat des rentes qui luy ont esté baillées pour la dot de sa femme, la dot est tenuë pour consignée, encor que par le Contrat de mariage la consignation n'eust point esté stipulée. Or en vertu de cette consignation légale le remploy des rentes rachetées est de la mesme qualité, & a les mesmes privileges que ce qui a esté payé ou promis par le Contrat de mariage.

La dot est tenuë pour consignée, si le mary reçoit le rachat des rentes qui luy ont esté baillées pour icelle.

Il n'en seroit pas de mesme des autres biens dotaux de la femme alienez par le mary du consentement de la femme, car cette

alienation étant volontaire, elle n'a point de privilege à l'effet de la faire concurer avec le tiers Coûtumier, quoy que neanmoins l'hypotheque en soit acquise à la femme du jour du Contrat de mariage ; la raison est qu'il y a grande difference entre l'hypotheque & la preference, la preference est un privilege qui doit avoir pour son fondement une équité ou une faveur singuliere : or l'alienation des biens dotaux n'a rien de pareil quand il s'agit du doüaire ; au contraire la preference au doüaire en est tres-défavorable & ne doit pas estre admise, parce que ce seroit une voye de faire perdre aux enfans le tiers Coûtumier qu'elle leur conserve avec tant de soin. Et à l'égard des autres biens non dotaux de la femme, il ne peut y avoir de difficulté, car suivant l'Article 542. l'hypotheque pour sa recompense prend pié seulement du jour de l'alienation.

Mais ces contestations pour la preference de la dot ou du doüaire ne peuvent arriver qu'entre la mere & les enfans, comme je l'ay remarqué cy-devant ; car pour les creanciers on n'auroit garde de continuer en leur faveur le privilege de la dot au préjudice du tiers Coûtumier, que noús tenons si favorable & sacré, cela parut au procez des Sieurs de Thou, où les Juges prevenus du privilege du doüaire Coûtumier luy donnerent la preference au prejudice du remploy des rentes quoy que la femme n'y eust point consenty.

En effet, le tiers Coûtumier a de grands privileges parmi nous, & la faveur des enfans l'emporte toûjours quand il n'y a que la rigueur du Droit pour les Creanciers. J'ay déja remarqué cy-dessus que l'on a jugé que le tiers Coûtumier des enfans nez avant la celebration du mariage auroit hypotheque du jour du Contrat de mariage reconnu, quoy que le mariage n'eût esté celebré que long-temps aprés ; & en voici encore une espece assez singuliere. En l'année 1654. Gilles Thouroude débaucha une jeune fille mineure de l'Ordonnance, & l'ayant enlevée, on pretend qu'ils furent mariez dans une Chapelle par un Prêtre nommé Mongoubert. La mere de la fille ravie en fit informer comme d'un rapt, & par Arrest de la Cour, Gilles Thouroude, & le Prêtre furent decretez en prise de corps. En 1655. il se fit une Transaction par laquelle la mere de la fille & toute sa famille consentirent que ce mariage celebré par Mongoubert

Le tiers Coûtumier des enfans nez avant le mariage a hypotheque du jour de la reconnoissance.

Preſtre ſortit ſon plein & entier effet. Depuis ce temps-là, Gilles Theroude demeura avec ſa femme dans la maiſon de ſa bellemere ſur le pied de perſonnes mariées, où ils eurent pluſieurs enfans ; mais en 1665. eſtant tombé malade, le Curé de la Paroiſſe l'obligea à celebrer ſon mariage dans l'Egliſe Paroiſſiale, parce qu'il ne repreſentoit point d'Atteſtation du premier, ce qui fut executé le 17 d'Avril 1665. avec proteſtation que c'étoit ſans déroger au premier : il mourut peu de jours aprés, & les enfans ſortis de ce mariage ayant renoncé à ſa ſucceſſion pretendirent faire liquider leur tiers Coûtumier du jour du premier mariage celebré en 1654. ce qui leur fut conteſté par Jacques & Pierre du Freſne Creanciers de Gilles Thouroude en hypotheque de 1663. & ils firent juger par Sentence que le tiers Coûtumier des enfans n'auroit hypotheque que du jour de la celebration publique faite en l'année 1665. Sur l'appel des enfans Inor Laiſné leur Avocat diſoit que par la Coûtume la femme gagne ſon doüaire au coucher, & le doüaire de la femme eſt acquis en proprieté aux enfans du jour des épouſailles, or que l'on ne pouvoit pas douter que le mariage n'eût eſté celebré dés l'année 1654. puis que la Cour avoit decreté le Prêtre qui l'avoit celebré en priſe de corps ; que la famille de la fille offencée avoit pourtant conſenti que ce mariage ſortît ſon plein & entier effet par la Tranſaction de 1655. qu'ayant vécu dans la maiſon de la fille comme gens mariez, cela ne pouvoit eſtre regardé comme un concubinage, qu'il en eſtoit ſorti pluſieurs enfans nez & baptiſez ſous la preſomption publique du mariage ; & enfin qu'il y avoit pluſieurs Actes où ledit Gilles Thouroude & Françoiſe Davot avoient parlé & pris la qualité de mary & de femme. Que quand il y auroit quelque irregularité dans ce premier mariage, & que l'on auroit manqué à quelques-unes des formalitez preſcrites par l'Ordonnance, c'eſtoit une objection inutile dans la bouche des Creanciers, & qui ne pouvoit avoir de poids que dans la bouche du pere & de la mere, parce que les Ordonnances n'ont eu pour but & pour motif que l'honneur & la ſûreté des familles. Qu'ainſi il ſuffiſoit à l'égard des Creanciers qu'il y euſt eu un mariage dans quelque forme qu'il euſt eſté contracté, que la ſeule naiſſance leur acqueroit un tiers Coûtumier ; en un mot, qu'eſtant enfans le-

gitimes, on ne pouvoit pas leur imputer ce qu'il y auroit pû avoir d'irregulier dans le commencement, ni confondre leur innocence avec le crime que l'on pretendoit reprocher à leur pere. Que la celebration faite en l'année 1665. n'estoit qu'une formalité que le Curé voulut exiger, qu'il avoit si peu douté luimesme du premier mariage, qu'il avoit baptizé cinq ou 6 enfans sans opposition & sans murmure; qu'aussi dans l'Acte de cette seconde celebration l'on y avoit employé que c'estoit sans déroger au premier mariage. Enfin, que le tiers Coûtumier des enfans est si favorable, que la seule figure & la seule possession du mariage suffisoient pour acquerir une hypotheque en leur faveur. Basnage le jeune répondoit que ce pretendu mariage de l'année 1654. n'avoit jamais esté celebré, que l'on n'en rapportoit ni preuve par Témoins ni Attestation; que le bruit qui s'en estoit répandu n'estoit qu'un effet de la finesse ordinaire d'une fille, qui ne manque jamais d'avoir recours au mariage pour servir de pretexte à la suite ordinaire de ces sortes d'enlevemens, & pour couvrir sa disgrace d'un voile si specieux, *conjugium vocat hoc prætexit nomine culpam.* Que la Transaction de l'anneé 1655. n'avoit ni la forme ni les pactions d'un Contrat de mariage, qu'elle ne portoit ni dot ni doüaire; enfin qu'elle n'étoit ni signée ni ratifiée de Gilles Thouroude, ce que l'on n'eût pas manqué d'exiger de luy, comme une chose absolument necessaire pour réparer l'honneur de la fille, & affermir l'état des enfans aprés la maniere irréguliere dont les choses s'estoient passées. Que le commerce qui avoit suivi estoit bien une preuve de la foiblesse de la fille qui avoit preferé de vivre avec luy sous la figure & le pretexte du mariage plûtost que de faire éclater le refus qu'il avoit de ratifier la Transaction, mais que la naissance des enfans ne pouvoit suppléer au défaut de celebration, & qu'elle devoit estre regardée comme une suite du commencement, c'est à dire comme la suite d'un engagement où le crime & l'amour avoient eu toute la part. Que la celebration de l'année 1665. estoit une preuve de cette verité, n'estant pas à presumer que le Curé pour satisfaire à un scrupule inutile & à une vaine formalité, eust exigé cette celebration d'un homme mourant, que c'estoit plûtost par necessité, & pour ne pas laisser sur le front des enfans un caractére douteux,

Qu'aprés tout quand il y auroit quelque apparence de mariage, & qu'il en résulteroit assez pour former un veritable engagement entre les parties qui avoient contracté le mariage, cela n'étoit pas suffisant à l'égard du public pour emporter une hypotheque au préjudice des Creanciers. Qu'en effet le mariage estant composé de droit divin & de droit humain, il le falloit examiner du côté de la conscience & du côté de la Loy ou du Contrat civil. Qu'il n'estoit d'aucune importance aux Creanciers de contester le mariage pour le fond de la conscience, mais que puis que c'est la Coûtume & la Loy qui donnent l'hypotheque au tiers Coûtumier, il faut aussi que le mariage soit autorisé par la Loy, & accompagné de toutes les formalitez qu'elle a prescrites pour le rendre public & solemnel, ainsi le tiers Coûtumier estant un benefice de la Loy, elle ne l'accorde point à ceux qui sont dans sa colere & dans son indignation : les mariages particuliers, celebrez en secret, & dépoüillez des formalitez ordinaires, doivent estre regardez comme des Contrats sous signature privée, qui forment bien un veritable engagement entre les particuliers qui ont contracté, mais qui ne portent pas leurs effets contre le public ; il n'y a que les Contrats qui sont accompagnez des formalitez de la Coûtume & de l'Ordonnance qui emportent une hypotheque. De mesme si ces mariages secrets ne sont pas des crimes du côté de la conscience, ce sont des crimes à l'égard de la Loy méprisée, & ils ont un defaut essenciel à l'égard du Contrat civil qui en empêche l'hypotheque. Qu'il arrivoit bien qu'en faveur de l'état des enfans on faisoit retrograder la celebration pour legitimer ceux qui estoient nez avant la celebration publique, mais que l'on ne feroit pas remonter l'hypotheque au préjudice des Creanciers. Par Arrest du 16 de Juillet 1686. la Sentence fut cassée, & l'hypotheque adjugée de l'année 1654.

Les Contrats seuls en forme emportent hypotheque.

Les arrérages du doüaire doivent avoir la mesme hypotheque que le doüaire, quoy que l'on prétendist qu'ils ne dûssent estre colloquez que du jour que les fruits des heritages affectez au doüaire avoient esté perçûs : Jacques de Gueudeville, fils de Pierre de Gueudeville & de Marie Davouri épousa en l'année 1623. la nommée Quett Angloise, du consentement de ladite Davouri sa mere, ce qui acqueroit doüaire à ladite Quett sur

tous ses biens au préjudice des dettes qu'elle contracta par aprés. Aprés la mort de Jacques de Gueudeville sa Veuve retourna en Angleterre, où elle contracta un second mariage & étant devenuë Veuve, elle repassa en France pour demander son doüaire aux heritiers de son premier mary qui luy fut adjugé par Arrest du 2 de Juin 1650. Le doüaire étoit dû presque entierement sur les biens de Marie Davouri, pour la part qui en appartenoit à Jacques de Gueudeville, & cette portion ayant esté saisie réellement par un creancier de ladite Davouri : sur la demande que ladite Quert fit des arrerages de son doüaire elle luy fut contredite par les creanciers de Marie Davouri posterieurs au consentement qu'elle avoit donné au mariage de son fils, prétendans qu'encore que le doüaire eust son hypotheque du jour du Contrat de mariage, les arrerages ne la pouvoient avoir que du temps qu'ils avoient commencé à échoir qui fut au jour du déceds de lad. Davouri : Au contraire ladite Quert respondoit que l'on ne pouvoit separer l'hypotheque des arrerages d'avec celle du doüaire, qu'il en estoit de mesme que des arrérages des rentes constituées qui prennent pié du mesme jour que le principal; par Sentence du Juge de Dieppe les arrérages furent colloquez du jour du Contrat de mariage, ce qui fut confirmé par Arrest en la Chambre de l'Edit le vingt-trois de Janvier 1658. plaidans Caruë & la Loüel.

Si les Fermages ont hypotheque du jour du bail, ou de l'écheance?

On a douté long-temps en cette Province si les fermages avoient hypotheque du jour du bail, ou de l'écheance de chaque année : Par un ancien Arrest donné les Chambres assemblées le 22 May 1534. que Berault a rapporté sur l'Article 575. il fut jugé que le proprietaire ne pouvoit estre colloqué sur les biens de son fermier que du jour de l'écheance de chaque terme.

Il sera mal aisé de soûtenir cet Arrest lors que par un bail authentique un fermier a contracté une obligation sur tous ses biens pour le payement de tous les fermages qui écherroient durant son bail, les fermages sont encore plus legitimement acquis & plus favorables que les arrerages des rentes constituées, & toutefois l'on ne doute point que les arrerages n'ayent la même hypotheque que le principal, que si l'on objecte que *tot sunt contractus quot anni*, l'obligation naissant tous les ans *ut in annuis*

legatis.l.in singulos annos.D.de ann.leg.& que partant l'hypotheque des arrerages doit estre partagée par années. L'on répond qu'encore que les arrérages ne soient dûs que successivement & par chaque année neanmoins l'obligation procedant du. Bail, ils doivent avoir la mesme hypotheque suivant cette regle que *qui potior est in sorte, potior est in usuris:* Monsieur de Comboias l. 3. c. 16. dit que la mesme difficulté ayant esté formée pour les arrerages des rentes Seigneuriales, le Seigneur fut preferé à tous les creanciers; cet Arrest de 1534. aparemment n'eut pas d'execution, & on le peut induire du Reglement de 1600. par lequel ceux qui ont fait bail de leurs heritages sont tenus de faire la demande de ce qu'ils pretendent leur estre dû dans les cinq ans puis que les proprietaires conservent l'hypotheque de leurs baux pour les fermages qui leur sont dûs, pourvû qu'ils en poursuivent le payement dans les cinq ans du jour de l'expiration de leurs baux; il s'ensuit que l'hypotheque de ces fermages doit commencer du jour des baux, & non seulement du jour de l'écheance de chaque année.

Les fermages doivent estre poursuivis dans les 5 ans du bail fini, pour avoir hypotheque.

Cependant cet ancien Reglement servit de pretexte pour juger la mesme chose le vingtiéme Aoust 1661. au Rapport de Monsieur Costé entre les nommez l'Escaley & autres; mais enfin on a condamné cette mauvaise Jurisprudence, & par l'Article 137. du Réglement de 1666. l'action pour demander les fermages a hypotheque du jour du Contrat authentique, pourvû que l'action soit intentée dans les cinq ans aprés le bail fini, & aprés ce temps elle n'a hypotheque que du jour qu'elle a esté intentée.

Il a esté pareillement jugé au Parlement de Paris que le proprietaire d'une ferme est preferé sur les deniers provenans des fruits saisis sur le fermier tant pour le payement de l'année courante que pour les arrerages du passé; Tronçon sur l'Article 171. de la Coûtume de Paris.

Monsieur Bouguier, l. 112. n. 1. rapporte un autre Arrest, par lequel il a esté jugé que le proprietaire & locateur d'une maison, n'est preferable pour les loyers de sadite maison à un autre creancier qui a saisi les meubles qui sont en la maison quand la saisie a esté faite avant le bail à loyer, & qu'elle a esté toûjours poursuivie; l'Arrest fondé sur cette raison que la chose avoit paſ-

sé avec la chargé de cette saisie qui estoit faite avant le bail à loyer; & qu'ainsi *res transierat cum sua causa*, *l. ea lege*, *C. de donat.* & la raison de la tacite hopotheque pour les loyers de la maison ne peut avoir son effet sur une chose qui étoit saisie auparavant par un autre.

Si le Fermier aprés l'expiration de son bail a continué la joüissance, on a demandé si l'hypotheque pour ces derniers fermages pouvoit remonter au temps du premier bail ? l'on dit pour le proprietaire que le fermier *qui impleto conductionis tempore fructus percipit, non solum reconduxisse videtur, sed etiam Pignoris obligatio durare dicitur*, *l. item quæritur.* §. *qui impleto. loc. cond.* D. Ce terme *durare*, operoit que l'hypotheque continuoit, & que ce n'estoit qu'un mesme Contrat. On dit au contraire que *tacitus consensus non plus operatur quàm expressus* : & quand il y auroit une convention expresse & un bail fait, il n'auroit lieu que du jour qu'il auroit esté fait : car l'hypotheque conventionnelle n'a jamais un effet retroactif au prejudice d'un tiers, *cui jus est quæsitum* que la *L. legem. C. loc. cond.* parlant *de Pignoris obligatione in reconductione* usoit du terme *reputare* & non de celuy de *durare*, ce qui marquoit que c'estoit un second Contrat, & conformément à ces raisons il y a Arrest dans Mr. Loüet. l. ff. n. 22. Goujet des Hypoth. q. 26.

Mais de quel jour le Proprietaire sera-t'il colloqué sur les biens de son Fermier pour les malversations qu'il aura commises pendant le temps de son bail, ou contre l'usufruitier s'il a mal usé de son usufruit, doit-elle estre reglée du jour du bail ou de la constitution d'usufruit, ou du jour de la Sentence qui adjuge les dommages & interests ? Suivant l'Ordonnance de Moulins l'hypotheque ne doit commencer que du jour de la Sentence. Mais l'opinion la plus veritable est que l'hypotheque est acquise au Proprietaire du jour des Contrats. Tronçon sur l'Article 280. de la Coûtume de Paris.

On a fait cette question si une rente constituée sur un absent par une personne qui n'avoit point de pouvoir de luy, mais qui depuis fut ratifiée par l'absent pouvoit avoir hypotheque du jour du Contrat ou du jour de la ratification, au préjudice des creanciers qui avoient contracté entre le temps de la constitution & celuy de la ratification ? C'est une régle de Droit que *ra-*

tihibitio

tihibitio trahitur retro & mandato aequiparatur; & c'eſt pourquoy le Juriſconſulte Martianus en la *l. fundus. ꝭ. 1. D. de pign.* a dit que *hoc ipſo quod dominus ratum habuit, voluiſſe eum retrocurrere ad tempus quo convenit*, & lors qu'il s'agit de ſçavoir ſi quelque choſe a eſté faite par la volonté de quelqu'un, il n'importe que luymeſme l'ait faite pour luy ou que ce ſoit un autre par ſa volonté, *l. ſolutum ꝭ. ſolutum p. de pignorat. act.* Il eſt certain neanmoins au contraire que l'hypotheque ne commence à courir que du jour de la ratification, *nam is ſolus pignori rem obligare poteſt cujus in bonis res fuerit*, & c'eſt une Maxime communément reçuë qu'*actus medius interveniens impedit ratihibitionem trahi retro in præjudicium tertii cui jus intermedio tempore quaſitum fuit.* Goujet des Hypoth. q. 26.

Il eſt ſans doute que les arrerages des rentes conſtituées ont la meſme hypotheque que le principal lors qu'ils ſont dûs au creancier & qu'ils marchent d'un pas égal, l'obligation pour le principal & les intereſts naiſſant d'un meſme principe & d'une meſme cauſe, *l. creditor. 12. ꝭ. ſciendum, l. Lucius Titius. 19. qui pot. in Pign. D.* la raiſon eſt que *ſpectatur initium naſcentis obligationis, non dies cadentis ſolutionis.*

Mais la queſtion eſt fort problematique s'ils conſervent cette hypotheque lors qu'ils ſont ſeparez du principal, & qu'ils ſont dûs à un autre que le creancier de la rente, comme il arrive lors que quelqu'un a acheté un fonds ou baillé de l'argent au debiteur pour acquiter des arrerages. Cette queſtion fut jugée en la Grand'Chambre, au Rapport de Mr. Guerout, le 23 de Mars 1673. Entre David Thieuvin, demandeur en Requeſte aux fins d'eſtre reçû appellant contre Philippe Pontaux Intimé, en la preſence de Duboſc ſieur de Jourdemare & de Mr de la Ferté, Intimez.

Thieuvin eſtoit creancier de la Demoiſelle de Leſtre pour dix-ſept livres de rente par Contrat de l'année 1634. Il fit ſaiſir réellement les heritages ayant apartenu à ſa debitrice, & il comprit dans ſa ſaiſie un heritage qu'elle avoit aliené en 1652. à Philippe Pontaux moyennant quatre cens livres, de laquelle ſomme on en avoit employé trois cens livres, pour acquiter les arrerages d'une rente deuë à Monſieur de la Ferté anterieure de celle de Thieuvin: Pontaux s'oppoſa à l'ordre des de

niers pour estre colloqué pour les trois cens livres du jour du Contrat dudit sieur de la Ferté, pretendant qu'ayant esté baillez pour payer des arrerages qui avoient hypotheque du jour de la creation de la rente, il devoit avoir la mesme hypotheque; Thieuvin au contraire soûtenoit, que ces arrerages estant détachez du principal n'avoient plus la mesme prerogative; par Sentence Pontaux fut colloqué avant Thieuvin,& aprés Mr de la Ferté creancier de la rente; mais on luy donna la mesme hypotheque, la Cour ayant esté saisie sur un appel du decret, Thieuvin y presenta sa Requeste pour estre reçû appellant de la preference ajugée à Pontaux, & il disoit pour moyens d'appel qu'il estoit vray que quand les arrerages estoient joints au principal ils avoient la mesme hypotheque, parce qu'on les consideroit comme un accessoire qui suit toûjours la nature du principal, & estant dûs au creancier en vertu de la stipulation portée par un Contrat authentique,les creanciers posterieurs ne pouvoient pas empêcher qu'elle n'eût son effet & son execution.

Mais quand le debiteur a payé ces arrerages, ils ne subsistent plus à son égard, & quoy que le creancier qui luy a baillé des deniers pour les payer ait stipulé une subrogation il ne s'en peut prévaloir, parce qu'il n'a point esté au pouvoir du debiteur de conserver à ces arrerages leur hypotheque; de sorte que ce n'est plus qu'une simple dette que le debiteur constituë sur soy, qui ne peut avoir que l'hypotheque de son Contrat. En effet s'il n'y avoit pas eu assez de deniers pour payer Monsieur de la Ferté de son principal & de ses arrerages, Pontaux n'auroit pû pretendre de concurrence pour les arrerages: Or puisqu'il n'auroit pû concurrer, il s'ensuit qu'il n'avoit plus la mesme hypotheque, & que ne l'ayant point il n'en pouvoit avoir d'autre que celle de son Contrat.

Si les deniers pris à rente pour acquiter des arrerages d'une autre rente, ont l'hypotheque du principal.

Il y auroit de l'abus & de l'inconvenient à authoriser cette Jurisprudence, l'on ne trouveroit plus aucune seureté à bailler de l'argent en rente; quoy que celuy qui le prendoit ne fût encore debiteur que d'une seule rente, car encore qu'il fût fort solvable au temps de la constitution, cette rente pourroit devenir mauvaise,en constituant plusieurs autres rentes, ou vendant son fonds pour payer les arrerages de la premiere rente, & celuy qui auroit acquis la seconde la perdroit, quoy que lors de la

constitution elle parût fort assurée.

Pontaux répondoit que Thieuvin n'avoit point sujet de se plaindre, puisque la rente dont les arrerages avoient esté acquitez de ses deniers estoit plus ancienne que la sienne; que si Mr de la Ferté n'avoit point esté payé, il auroit demandé tous les arrerages qui luy auroient esté dûs à quelque nombre d'années qu'ils se pussent monter en justifiant de diligences, qu'il n'importoit pas audit Thieuvin si ces arrerages luy estoient payez ou audit Pontaux à son droit; que Thieuvin avoit pû prevoir qu'un creancier pouvoit laisser tomber plusieurs années d'arrerages; que si le debiteur avoit pû se liberer par le moyen des deniers qu'il empruntoit, il avoit pû consentir à celuy qui les luy prêtoit une subrogation à sa mesme hypotheque, ne faisant aucun tort à Thieuvin par cette subrogation, sans laquelle Pontaux n'auroit pas presté son argent. L'on convient qu'à l'égard du creancier ces arrerages n'estoient plus dûs, mais le debiteur en estoit demeuré chargé, & la subrogation qu'il a donnée à celuy dont les deniers ont esté employez au payement de ces arrerages doit avoir le mesme effet, que si le creancier l'avoit consentie ou qu'il eust fait une cession de ces arrerages: Par l'Arrest, la Sentence qui ajugeoit la preference à Pontaux, fut confirmée. Depuis le contraire a esté jugé en la premiere Chambre des Enquestes le dix-huitiéme Aoust 1676. au Raport de Monsieur Guenet, entre le Sieur du Tot Romé & la Demoiselle de Chavagnac femme du Sieur Langlois; l'on confirma une Sentence Arbitrale, par laquelle il avoit esté jugé que les arrerages separez du principal n'avoient point la mesme hypotheque. Cette diversité d'Arrests rend la question problematique: de sorte que la Jurisprudence n'en est pas certaine, quoy que la plus commune opinion soit à ne donner hypotheque à celuy qui a baillé de l'argent pour acquiter des arrerages que du jour de son Contrat. Cette diversité d'Arrests & de sentimens fit que la mesme question fut encore agitée à l'Audience de la Grand' Chambre sur ce fait. En 1590. Marin du Vieu promit 90 liv. de rente à sa fille. En mil six cens huit; l'un des enfans de Marin du Vieu se chargea de payer soixante & onze livres de rente pour retour de partage. En 1643. comme il estoit dû quatre années d'arrerages de la dotale de 90 liv. les enfans de Marin

du Vieu vendirent une prairie au Sieur de Heurtement, dont le prix fut employé au payement des arrerages de cette rente dotale avec subrogation aux mesmes privileges & hypotheques. Mais il arriva dans la suite que le Sieur de Formentin qui avoit acquis ladite partie de 71 liv. de rente fit saisir les levées estant sur ladite prairie, & sur l'opposition du Sieur d'Ingreville, lequel avoit acquis ladite prairie du Sieur de Heurtement, intervint Sentence le 12 de Decembre 1681. par laquelle il fut dit à tort l'execution, & la preference ajugée au Sieur d'Ingreville, comme ayant acquitté les arrerages d'une rente anterieure. Sur l'appel du Sieur de Formentin, le Chevalier son Avocat disoit que les arrerages payez par le Sieur d'Ingreville ne pouvoient plus avoir la mesme hypotheque que le capital, puis qu'ils en estoient separez, que la liaison qui estoit entre le capital & les arrerages pour leur donner la mesme hypotheque estant rompuë, le payement qui en estoit fait par un étranger devenoit une nouvelle constitution; que ce seroit ruiner le commerce, & ouvrir la porte à bien des fraudes si les arrerages payez par un tiers conservoient toûjours la mesme hypotheque, parce qu'en prenant toûjours de l'argent en rente pour payer les arrerages d'une ancienne rente, il arriveroit que les arrerages se perpetueroient & grossiroient enfin jusqu'à absorber tout le bien du debiteur, & ruiner les hypotheques postérieures que l'on auroit constituées sur la foy qu'il n'y avoit qu'une rente ancienne de laquelle pourtant on en verroit renaître une infinité d'autres par le cours du temps, & il se servoit de l'Arrest rapporté cy-dessus, rendu au Raport de Monsieur Guenet. Basnage le jeune répondoit que les arrerages tout détachez qu'ils estoient du capital, devoient pourtant toûjours avoir la mesme hypotheque, puis qu'ils sont toûjours une suite & un accessoire inseparable du capital, ils ont le mesme principe, & ils coulent d'une mesme source; ce sont, pour ainsi dire, des branches qui conservent toûjours la nature du tronc dont elles sont sorties, ou comme des enfans sortis d'un mesme chef, qui peuvent tous également vanter l'ancienneté de leur origine & les privileges de leur naissance. Que bien loin que le public & le commerce en reçûssent du préjudice, qu'au contraire dans les temps difficiles qui coulent, ce seroit reduire le debiteur qui

n'a que des terres dans l'impuissance de payer les arrerages dont il est chargé, & mettre le creancier dans la necessité de le saisir réellement ; ainsi pour éviter ces deux extrémitez, c'est à dire, pour faciliter au debiteur les moyens de trouver de l'argent, & au creancier les frais & les embarras d'un decret, il n'y avoit nul inconvenient que le debiteur pûst vendre de son fonds pour acquiter les arrerages d'une ancienne rente, en subrogeant l'acquereur aux mesmes hypotheques de l'ancienne rente : Or le creancier posterieur n'a pas droit de se plaindre, puis qu'ayant sçû que son debiteur estoit chargé d'une ancienne rente, il a dû prévoir que la necessité du debiteur en pourroit laisser accumuler les arrerages, & la patience du creancier les perpetuer en faisant des diligences ; ce qui produiroit le mesme effet & le mesme inconvenient que des nouvelles constitutions. Que le Sieur d'Ingreville estoit dans l'espece de l'Arrest rendu au rapport de Monsieur Guerout, & qu'il falloit faire cette distinction, laquelle avoit sans doute donné lieu à la diversité des Arrests, qui est, que quand le debiteur emprunte de l'argent pour acquiter d'anciens arrerages, & qu'il constituë cet argent sur luy ; en ce cas il semble que cette nouvelle constitution n'est pas si favorable, parce qu'elle aggrave le debiteur, & luy fait payer des arrerages ; mais quand le debiteur vend de son fonds, l'acquereur est beaucoup plus favorable, parce que le debiteur ne fait pas de nouvelle constitution sur luy; & comme le creancier de la rente auroit sans doute pû prendre du fonds pour se payer de ses arrerages, il n'y a nul inconvenient que pour accommoder le debiteur qui n'a point d'argent pour payer, & le creancier qui ne veut que de l'argent, une troisiéme personne prenne du fonds & donne de l'argent en se faisant subroger aux hypotheques de la rente dont il paye les arrerages du prix de son acquisition. Au reste, un acquereur qui se défend par exception est beaucoup plus favorable que le creancier pour arrerages payez, lequel agit par action pour en être remboursé, on peut dire qu'il en est comme du contrôle, lequel n'est point necessaire à l'acquereur d'un fonds pour se conserver son acquisition, & lequel est necessaire pour faire valoir un hypotheque à l'estat d'un Decret. Par Arrest du 24 de May 1685. la cause fut apointée : Ainsi quoy que cette espece fût tres-

favorable, la Cour balança pourtant à donner l'hypotheque aux arrerages comme au capital, & par ce moyen la Jurisprudence est encore incertaine sur cette question.

Il n'y a pas de difficulté pour les arrerages payez par le coheritier ou par la caution. Par les lots faits entre deux freres heritiers de Leon du Mesnil leur pere, l'aisné fut chargé de payer une rente; mais ne l'ayant pas fait, son frere fut contraint de payer pour luy: pour en avoir recompense suivant la Sentence de condamnation qu'il en avoit obtenuë, il fit saisir réellement les heritages de son frere; Monsieur Ango Conseiller en la Cour, & la femme du decreté nommée le Compte, firent juger par le Vicomte & par le Bailly à Argentan, que le coheritier pour la recompense des arrerages qu'il avoit payez, n'avoit hypotheque que du jour des payemens: Sur l'appel de du Mesnil, je disois que ces Sentences ne pouvoient estre soûtenuës, que suivant la *l. Lucius, D. de pignor.* les arrerages avoient la mesme hypotheque que le principal, & que cela n'avoit pas lieu seulement lors que le principal & les arrerages se trouvoient en une mesme main, & qu'ils estoient dûs à un mesme creancier; mais aussi pour les fidejusseurs, & sur tout pour les coheritiers qui avoient un droit réel, qui pouvoient demander du fonds, & qui n'avoient besoin de subrogation ny de cession d'actions. Monsieur de Cambolas, l. 3. c. 15. dit que quoy qu'au Parlement de Tholose l'on n'ait point accoûtumé d'alloüer les interests qu'en dernier lieu, & aprés les sommes principales de tous les creanciers, la Loy *Lucius, qui pot. in pign. D.* n'y estant point gardée, neanmoins que cela reçoit quelques exceptions comme aux interests des dots & des legitimes, & de ceux qui ont esté payez par la caution au creancier pour le principal debiteur: Par Arrest du du 9 Février 1673. les Sentences furent cassées, & la preference ajugée à du Mesnil du jour du Contrat, pour la recompense des arrerages qu'il avoit payez; plaidans de Cahagnes, & Durand pour les Intimez.

Les fidejusseurs & les coheritiers ont un droit réel sur le fonds.

Ce que je viens de dire (que le coheritier qui a payé la dette dont son coheritier estoit chargé sur la poursuite du creancier, n'a point besoin de cession d'actions) ne s'observe pas au Parlement de Tholose, comme on l'apprend de Mr de Cambolas, l. 3. c. 15. où il rapporte un Arrest, par lequel il a esté jugé

que celuy qui avoit une dette privilegiée n'a point la mesme hypotheque s'il n'en a une cession particuliere. Deux freres avoient une Métairie commune, l'un d'eux avoit payé les Tailles, & demandoit d'estre colloqué, comme ayant payé les deniers Royaux privilegiez, & ayant déchargé cette Métairie que l'on alloit perdre sans ce payement; or comme l'acheteur d'un fonds qui est obligé à un premier creancier luy succede sans aucune expresse cession, si ce premier creancier a esté payé de ses deniers, *l. 3. C. de his qui in prior. cred.* de mesme le frere ayant acheté du fisc en payant les deniers Royaux l'obligation que son frere avoit de payer la Taille, *à fisco nominum venditorum pretium acceptum videtur*, dit la *l. cum possessor. D. de Censib.* il semble qu'il est entré en sa place, & qu'il peut joüir du mesme privilege que luy, suivant la *l. 2. D. de Cessio. bon.* & la *l. si ventri, §. penult. & ult. de reb. aut. jud. poss.* qu'aprés tout il avoit payé, *in rem suam*, & par contrainte, *non tam dominii quàm pignoris servandi causa, l. 6. de distr. pign.* On répondoit que dans la *l. cum possessor*, le fisc avoit cedé ses actions contre le possesseur du fonds à celuy qui l'avoit satisfait, *ei qui conventus est à fisco actiones præstantur*, l'ayant stipulé auparavant, *& post solutionem actiones cedebantur*; Or le frere n'ayant pas pris cette cession d'actions, il ne pouvoit estre colloqué que du jour du payement, ce qui fut jugé de la sorte en la Grand' Chambre au Parlement de Tholose, sur un partage fait en la seconde & premiere Chambre des Enquestes. Nous ne nous attachons point à cette subtilité du Droit, le coheritier ayant un droit réel & foncier sur le lot de son coheritier, il n'a point besoin d'une cession d'actions de la part du creancier qu'il paye, la recompense luy en estant acquise de plein droit, en vertu de leur partage, qui luy donne une action contre son coheritier, lequel il peut mesme obliger à luy bailler du fonds: Je parleray dans la suite de la Cession & Subrogation d'Hypotheques.

Le coheritier a un droit réel & foncier sur le lot de son coheritier.

Comme il n'est pas raisonnable que celuy qui paye pour un autre en souffre du dommage, non seulement il doit avoir son recours pour les sommes qu'il a payées, mais aussi l'interest de ses deniers; cela ne reçoit point de probléme pour les arrerages que le coheritier ou la caution a payez, car ils ont hypotheque pour leur recompense du jour du Contrat de constitution: Si

pareillement le lot d'un coheritier avoit esté decretté pour la dette dont son coheritier auroit esté chargé, il auroit hypotheque pour ses dommages & interests, & mesme pour les frais du decret, non seulement du jour de sa dépossession, mais du tems des partages. On a seulement douté de quel temps le creancier a hypotheque pour les interests des arrerages qu'il a payez : l'on a fait cette distinction que quand le coheritier ou le fidejusseur ont payé sur la poursuite du creancier, & qu'il a denoncé cette poursuite au creancier, les interests des sommes payées ont hypotheque du jour des payemens, que si le coheritier ou la caution n'ont point fait ces diligences, ils n'ont hypotheque que du jour de l'action, mais pour les interests des arrerages que la caution a payez volontairement, ils n'ont hypotheque que du jour de la demande : Par Arrest au Rapport de Monsieur du Houllé du mois de May 1659. Le coobligé qui paye volontairement ne peut prétendre l'interest des sommes qu'il a payées sans Sentence ou interpellation, & par un autre du 10 Decembre 1665. donné en l'Audience de la Grand'Chambre, entre Monsieur de Bauquemare, Conseiller au Parlement & President aux Requestes du Palais à Paris, & autres, il fut jugé que les interests des arrerages payez par un fidéjusseur à la décharge du principal obligé, n'ont hypotheque que du jour des payemens & de la poursuite, & non du jour du Contrat de constitution & conformement à ces Arrests, on a dressé les Art. 149. & 150. du Reglement de 1666. le premier contient que les interests dûs pour les interests des arrerages payez par le plege ou coheritier ont hypotheque du jour des payemens, s'il a payé sur la poursuite du creancier, laquelle poursuite il est tenu de faire sçavoir au principal obligé dans les six mois & en avoir Acte en Justice, autrement lesdits interests n'ont hypotheque que du jour de l'action ; & par le second Article les arrerages des interests que le plege a payez volontairement, n'ont hypotheque que du jour de la demande.

Il n'en seroit pas de mesme d'un creancier qui auroit payé la dette d'un premier creancier pour entrer en sa place, il pourroit veritablement demander le principal & les arrérages qu'il auroit payez ; mais non les intérests de ces arrérages qu'il auroit payez. Le Jurisconsulte en rend cette raison en la Loy *creditor,*

12. l. scien-

12. *l. sciendum, D. qui pot. in pign.* que *non gessit alterius negotium, sed magis suum :* Mais lors que la caution a payé les arrerages & que les interests luy en sont dûs, l'on a formé cette question s'il est tenu de faire diligence pour empescher la prescription des cinq années : Cette difficulté s'estant mûë en ce Parlement au procez d'entre Monsieur de la Porte, les opinions des Juges furent partagées, & le procez ayant esté departy au Parlement de Paris, il fut jugé que la prescription des cinq années n'y venoit point, quoy qu'il n'y eust de diligences, ce qui me paroist raisonnable.

Il est sans difficulté que les interests & les arrerages n'estans que des accessoires, ils suivent la nature du principal d'où ils dérivent, *nam qui prior est in sorte, est etiam prior in usuris, l. Lucius Titius, 19. D. qui pot. in pign.* comme je l'ay déja remarqué; mais en matiere d'obligation pour prest, la question a esté grande si l'on peut prétendre l'hypotheque pour les interests du jour de l'obligation ou du jour de la demande seulement.

Par la Jurisprudence du Parlement de Paris, lors que cette clause *à peine de tous dépens, dommages & interests*, est inserée en l'obligation, elle a cet effet de faire remonter l'hypotheque pour les interests ajugez au jour de l'obligation, & encore que le creancier pour le cours & la quantité des interests ne soit mis en ordre que du jour du commandement, pour l'hypotheque il le doit étre du jour de l'obligation : On se fonde sur cette raison que l'obligation est la vraye cause de l'interest, & encore que les interests suivant l'Ordonnance soient plûtôt dûs en vertu de la demande qu'en vertu de l'obligation, toutefois n'estans qu'accessoires & ne pouvant être dûs ny demandez sans une obligation precedente, & en consequence de la clause aposée en icelle, *à peine de tous dépens, dommages & interests*, il faut faire retrogarder l'hypotheque de ces interests du jour de l'obligation, Monsieur Loüet & son Commentateur. Boniface Tome 1. l. 4. t. 33. c. 4. raporte un Arrest conforme à ceux du Parlement de Paris.

Au contraire au Parlement de Tholose les interests ne sont ajugez qu'en dernier lieu, & aprés les dettes principales de tous les creanciers, nonobstant la disposition de la Loy *Lucius, qui potior in pign. D.* qui n'y est point observée, mesme autrefois

l'on y faisoit difficulté de donner aux interests de la dot le même privilege qu'à la dot même, comme on l'aprend de Monsieur Cambolas, l. 3. c. 15. Monsieur Mainard, l. 7. c. 71. ajoûte que la Loy *Lucius Titius. 18. D. qui pot. in pign. hab.* & les autres semblables qui contiennent que *qui potior est in sorte, potior est etiam in usuris*, sont du nombre des Loix abrogées.

Nous ne suivons point en Normandie la Jurisprudence du Parlement de Paris, & bien que le Contrat porte cette clause, *à peine de tous dépens, dommages & interests*, si ces interests sont jugez, ils n'ont hypotheque que du jour de l'action, l'on juge rarement les interests d'une obligation pour prest, & quand il y a lieu de condamner aux interests, l'hypotheque n'en remonte point au jour de l'obligation, on ne la donne que du jour de la demande, & les raisons de nostre usage sont beaucoup meilleures que celles que l'on oppose au contraire, car les interests n'étant point dûs par la nature de l'obligation, mais pour la peine du retardement & pour la contumace du debiteur, on ne peut en avoir l'hypotheque que du jour de la contumace, c'est à dire du jour que la demande en a esté faite en Jugement; & pour la clause *à peine de tous dommages, dépens & interests*, outre qu'elle est du stile des Notaires elle n'est point considerable, parce que les interests ne sont pas dûs *ipso jure* en vertu d'icelle, mais seulement en vertu de la condamnation intervenuë sur la demande. En effet ils ne laisseroient pas d'être dûs encore que cette clause n'y fust pas employée: Or il implique contradiction que l'hypotheque pour ces interests puisse courir avant qu'ils soient nais ny dûs, & il est encore plus injuste qu'ils soient preferez au creancier qui a contracté avant que le debiteur par sa contumace & son retardement ait donné ouverture à la demande & à la condamnation de ces interests; & suivant ces raisons par l'Article 150. du Reglement de 1666. les interests qui sont ajugez pour le retardement d'une dette ne sont dûs & n'ont hypotheque que du jour de la demande: la Loy *Lucius Titius 18. D: qui pot. in pign.* n'y est pas contraire, car elle parle des usures qui avoient esté stipulées par le Contrat, & l'on ne doute pas que les interests stipulez par le Contrat n'ayent la mesme hypotheque que le capital, il n'y a que les interests qui procedent du retardement du debiteur, ou qui tiennent lieu de peine, que l'on

Les interests de l'obligation ne sont dûs que du jour de la demande.

ne met en ordre que du jour de la demande ou de la condamnation.

Suivant l'Art. 575. de la Coûtume de Normandie les rentes Seigneuriales & foncieres & les traiſiémes ſont payés avant les frais du decret, mais on ne donne pas cette preference pour tous les traiſiémes qui pourroient être dûs au Seigneur, il n'a privilege que pour la derniere vente par l'Article 144. du Reglement de 1666. & le traiſiéme de la vente faite avant la ſaiſie & adjudication par decret n'eſt point payé en privilege, mais ſeulement en l'ordre & hypotheque du Contrat de vente.

Rentes Seigneuriales & foncieres, & traiſiémes payables avant les frais du decret.

Un creancier qui ſe fait ſubroger bien qu'il paye des arrerages n'en peut demander les intereſts, & cela meſme a eſté jugé contre un adjudicataire par Arreſt du 16 de May 1645. au Rapport de Monſieur de Vigneral. Un decret ayant eſté caſſé, l'adjudicataire dont les deniers avoient eſté employez au rachapt des rentes deuës par le decreté demanda recompenſe de ſes deniers avec les intereſts ; on luy adjugea les intéreſts du principal, mais il fut debouté des intereſts des arrerages par cette raiſon qu'il n'eſtoit reputé qu'un creancier ſubrogé, & que le creancier ſubrogé ne peut demander les intereſts des arrérages qu'il à avancez.

Le coheritier ou le coobligé qui a payé & aquité la dette commune ne peut pas s'adreſſer ſolidairement ſur ſes coheritiers ou coobligez, il peut ſeulement demander la part à un chacun quoy qu'il y ait ceſſion d'actions de la part du creancier. Arreſt en l'Audience de la Grand'Chambre du 20 de Juillet 1666. confirmatif d'un autre Arreſt rendu au rapport de Monſieur d'Anviray contre lequel on s'étoit pourvû par Lettres en forme de Requeſte Civile : Six particuliers avoient eſté Tuteurs de Monſieur Sené Conſeiller au Parlement de Pau, le Sieur de Planteroſe Conſeiller au Parlement de Bordeaux, & le Sieur Begarie qui étoient de ce nombre s'obligerent par une Tranſaction à payer à Monſieur de Sené pour le reliqua de ſon compte une ſomme de 38000. livres ſauf à liquider entre les coobligez ce que chacun en devoit payer. Monſieur de Planteroſe emprunta 23000. livres des nommez Anguſture & de la Salle pour payer à Monſieur de Sené, ce qu'il fit en leur preſence & par la quittance Monſieur de Sené les ſubrogeoit à ſes droits, & les

constituoit ses Procureurs Generaux & Speciaux pour s'en faire payer sur les coobligez comme il auroit pû faire. Angusture & de la Salle ayant saisi les biens de Begarie pour le payement de la somme entiere de 23000 liv. il offrit son sixiéme prétendant même ne pouvoir être inquieté avant la liquidation de sa part. Angusture & de la Salle soûtenoient au contraire que Monsieur de Planterose ayant esté payé de leurs deniers & representant ses droits ils ne pouvoient exercer toutes ses actions : Le Procez ayant esté evoqué & renvoyé en ce Parlement, par Arrest au Rapport de Monsieur d'Anviray, Begarie fut condamné au payement d'un sixiéme, & lesdits Angusture & de la Salle condamnez aux dépens. Depuis par la liquidation qui fut faite, Begarie s'estant trouvé redevable des 23000 liv. cela porta lesdits Angusture & de la Salle à se pourvoir contre l'Arrest: Theroude leur Avocat representa qu'ils avoient eu raison de faire saisir les biens de Begarie pour la somme des 23000 liv. puis que par l'évenement il s'estoit trouvé debiteur de cette somme, & que l'un des coobligez ayant acquité la dette & pris cession des droits du creancier, ils avoient pû s'adresser solidairement sur chacun des autres coobligez : Que par les Arrests du Parlement de Paris rapportez par Monsieur Loüet L. R. n. 11. & son Commentateur, on avoit fait cette distinction que lors que l'un des coobligez avoit payé sans prendre cession du creancier, il ne pouvoit demander aux autres coobligez que chacun leur part; mais que lors qu'il avoit pris cession du creancier, il pouvoit agir solidairement contre les autres coobligez, & qu'ils étoient en plus forts termes, car ils n'estoient pas du nombre des coobligez, ils avoient baillé leur argent avec stipulation expresse qu'ils demeureroient subrogez aux droits du creancier qui leur avoit cedé ses droits, & qu'en ce cas l'on ne doutoit point que quand un tiers prenoit cession du creancier, il ne pust s'adresser solidairement sur tous les coobligez.

Greard défendant pour Begarie, representa que Monsieur de Planterose étoit la veritable partie, que luy seul avoit payé les deniers à Monsieur de Sené, & qu'il n'importoit pas que ç'eust esté en la presence d'Angusture & de la Salle, estant un des coobligez, il ne pouvoit demander aux autres que leurs portions, c'est à dire chacun un sixiéme, que c'estoit la derniere Jurispru-

dence du Parlement de Paris, suivant l'Arrest remarqué par du Fresne dans son Journal d'Audiences, l. 5. c. 49. En effet un coobligé pour avoir la premiere cession de la dette, ne devoit pas avoir cet avantage de pouvoir agir solidairement, pour le tout contre les autres coobligez sa portion déduite, parce qu'en cas d'insolvabilité des autres, il ne pourroit avoir de recours contre luy, à ce qu'il fust tenu l'indemniser pour sa part, dautant qu'il seroit entierement tiré de l'obligation par le payement de sa part, & le remboursement solidaire qui luy auroit esté fait des parties restantes, en vertu de l'achapt des droits & actions: qu'il étoit juste d'en user de la sorte pour éviter le circuit, autrement l'autre coobligé qui auroit payé toute la somme pourroit revenir solidairement contre luy: Par l'Arrest donné conformement aux conclusions de Monsieur le Guerchois Avocat General, la Cour sur la requeste civile mit les parties hors de Cour.

Par l'Article 403. de la Coûtume, lors que le pere a fait telle alienation de ses biens, que le tiers de ses enfans ne se peut prendre en essence, ses enfans peuvent revoquer les dernieres alienations, cela a donné lieu à cette question, si pour acquiter ce tiers soit en baillant du fonds ou de l'argent, on doit pour regler la contribution des acquereurs suivre l'ordre de la vente des heritages ou l'hypotheque des rentes qui étoient dûës par le vendeur, & qui ont esté rachetées par les acquereurs en consequence de leurs Contrats. Michel le Vavasseur depuis son mariage vendit des heritages à divers particuliers, dont partie du prix fut payée en deniers comptants, & le surplus fut employé à l'acquit de dettes qui n'étoient pas les plus anciennes. Pierre de Melun acquit posterieurement d'autres heritages dudit le Vavasseur, mais avec cette précaution qu'il en employast le prix à l'acquit de dettes anciennes: les enfans du Vavasseur ayant renoncé à sa succession, ils s'adresserent aux acquereurs pour leur fournir leur tiers coûtumier: par les Sentences du Vicomte & du Bailly, les acquereurs furent condamnez à payer chacun une somme, & particulierement Anne Mesleger veuve dudit de Melun fut condamnée de payer pour sa part 994. liv. dont ayant appellé, elle soûtenoit que son mary devoit être consideré comme le plus ancien acquereur ayant payé les dettes anciennes, & qu'il y avoit d'autres biens acquis par d'autres

parties qui étoient suffisans pour former ledit tiers, & qui devoient être délaissez pour cet effet, puis que les acquereurs n'avoient payé que des dettes posterieures à celles que Melun avoit acquitées; il est vray que par l'Article 403. de la Coûtume, les enfans pour leur tiers coûtumier peuvent revoquer les dernieres alienations, mais cette revocation introduite par la Coûtume devoit s'entendre de celles dont les deniers n'ont esté employez qu'à l'acquit des dernieres creances, ou qui ont payé le prix de leurs acquisitions en argent comptant, & non pas de ces ventes dont les deniers ont esté reçûs par les anciens creanciers ausquels les heritages vendus étoient hypothequez : C'est pourquoy il étoit juste de suivre l'hypotheque des rentes rachetées, dont la datte des Contrats doit regler l'aisnesse des alienations; les autres acquereurs se fondoient sur les termes de la Coûtume, qui ne donnoit pouvoir aux enfans que de revoquer les dernieres alienations; que si ledit de Melun prétendoit avoir acquitté d'anciennes creances, il pouvoit se pourvoir contre les acquereurs plus anciens que luy par la voye hypothecaire; la Coûtume ayant eu dessein de favoriser & de maintenir les anciens acquereurs, au préjudice des derniers: Par Arrest du 22 d'Aoust 1678. au rapport de Monsieur Salet, il fut jugé que pour fournir le tiers coûtumier des enfans on regleroit la contribution entre les acquereurs suivant l'hypotheque des rentes par eux rachetées, & non pas selon la datte des Contrats de vente; entre Nicolas de Melun appellant & Me Denis le Galois Tuteur des enfans du sieur Louvel & autres.

Les enfans peuvent revoquer les dernieres alienations pour fournir leur tiers.

Lors qu'il s'agit de la preference entre deux acheteurs d'un mesme fonds, l'on a demandé lequel étoit preferé ou celuy dont le Contrat étoit anterieur ou celuy qui avoit possedé & joüy, quoy qu'il eust acheté le denier : Plusieurs Auteurs ont traité cette question, Guy Papé decis. 112. Tiraqueau *in tractatu constituti, limitat. 26. & 27.* Mainard, l. 2. c. 61. par les Arrests du Parlement de Paris, rapportez par Charondas, l. 2. c. 62. & par Monsieur Loüet. l. V. n. 1. il a esté jugé suivant la Loy, *quoties duobus. C. de rei vind.* que celuy qui avoit pris possession étoit preferable, *quia non pactionibus, sed traditionibus dominia rerum transferuntur.* La mesme chose a esté jugée en ce Parlement en la Chambre des Enquestes au Rapport de Monsieur de Radepont

le 16 de Juillet 1671. entre Eustache le Hure & Nicolas Baluë; la mesme decision auroit lieu entre deux donataires, Loüet, *ibid.* mais son Commentateur ajoûte que la Loy *quotiens* n'a pas lieu pour les donations faites par le Roy, non plus qu'aux Benefices, *In Beneficiis enim ad jus acquirendum non requiritur traditio vel quasi qua in his non attenditur possessio, sed titulus & possessio nihil confert juri adquirendo sed collatio.*

Lors qu'un acqueteur est inquieté pour les dettes de son vendeur, il n'a pas le privilege des enfans & ne peut pas comme eux revoquer les ventes posterieures à la sienne, mais pour avoir son recours il est contraint d'agir par la voye hypothecaire. Arrest au Rapport de Monsieur Auber du 12 de Janvier 1665. & comme un acquereur ou un creancier peut veiller pour la conservation de ses hypotheques & empêcher qu'elles ne soient affoiblies ou diminuées par la deterioration des biens qui luy sont hopothequez, il fut jugé le 10 d'Avril 1653. que celuy qui avoit acheté des bois de haute fustaye étoit tenu de bailler caution aux creanciers hypothecaires du prix des bois qu'il faisoit abatre, parce que la valeur du fonds hypothequé étoit diminuée par cette vente, plaidans Cloüet & Theroude.

La vente des Bois de haute fustaye deteriore le fonds.

Cette question touchant la preference entre une sœur pour sa dot & le creancier du frere, non sur les biens du pere, car en ce cas il n'y auroit pas de difficulté, mais sur une succession collaterale a esté agitée & jugée sur ce fait. Un pere avoit laissé un fils & une fille; il échut au frere une succession collaterale, & il contracta quelques dettes avant que de marier sa sœur, tous ses biens ayant esté saisis & vendus, lors de la distribution des deniers, la sœur prétendit être preferable pour sa dot sur les biens mesme provenans de cette succession collaterale au préjudice de celuy qui avoit contracté avec son frere avant qu'il l'eust mariée : Le creancier consentoit la preference sur les biens du pere, mais comme elle ne pouvoit demander mariage avenant sur cette succession collaterale elle n'y pouvoit avoir d'autre prétention qu'en qualité de creanciere, & en ce cas elle n'avoit hypotheque que du jour de son contrat de mariage; la sœur répondoit que du jour que son frere étoit devenu heritier de son pere, il avoit contracté une obligation personnelle envers elle de la mesme maniere qu'il étoit devenu obligé à tous les crean-

ciers de son pere, parce qu'elle ne pouvoit estre considerée que comme une simple creanciere ; les filles non réservées à partage n'ayant point d'autre qualité en Normandie, & par ce moyen elle se trouvoit antérieure au creancier de son frere : Si le frere avoit fait un bon inventaire des meubles, il y auroit eu plus de difficulté. Car encore qu'il soit vray que les filles ne soient que creancieres du pere, le frere neanmoins n'est pas obligé de les doter que sur les biens du pere, & non sur ceux qu'il pourroit avoir d'ailleurs ; on répond que pour la quantité du mariage avenant elle ne peut être reglée que sur les biens du pere, mais qu'à l'égard de son hypotheque le frere y devient personnellement obligé par la seule adition d'heredité, & qu'il n'y a point de difference entre la sœur & les autres creanciers du frere : Il fut jugé de la sorte au Rapport de Monsieur du Houlé le 17 de Juin 1674. entre du Vay & autres.

La sœur sur une succession collaterale n'a point plus d'avantage que d'autres creanciers.

On a pareillement donné cette prerogative à la rente dotale d'une sœur que bien qu'elle ne soit pas encore devenuë fonciere par les quarante ans, neanmoins elle doit estre payée avant les frais du decret : Arrest du 5 Mars 1660. entre Desportes ayant épousé la sœur d'un nommé Chesnée & Piton sieur de Fligny, plaidans Theroude & Lyout : mais l'on jugea par le même Arrest que la taxe des Francs-fiefs seroit payée avant la dot, comme estant un droit plus ancien & plus privilegié.

La rente dotale de la sœur doit estre payée avant les frais du decret.

On a souvent agité cette question, si les deniers d'un Office périssable de sa nature, comme sont ceux de la Maison du Roy, qui a esté remis à la Veuve & aux enfans de celuy qui en est mort revêtu par la liberalité du Roy pour en disposer à leur volonté, peuvent estre saisis par les creanciers du défunt : Loyseau des Seign. l. 3. c. 10. n. 21. a traité cette matiere de part & d'autre, & la résout à l'avantage de la Veuve & des enfans, suivant la *l. 2. de proxim. sacro scrin.* où l'Empereur parlant de ce qui est conservé à la Veuve par la mort de l'Officier sur son Office par la liberalité du Prince, résout que c'est à l'avantage des enfans & que les creanciers en sont exclus, *liberi non humanitatis, sed privilegii nomine hujusmodi summam percipiant*, & plus formellement encor en la Nov. 53. c. 5. où parlant de toutes ces milices qui avoient ce privilege d'estre hereditaires, il est dit que la Veuve & les enfans du défunt excluent les creanciers, & succedent

dent en la milice, non comme à un bien paternel, mais comme à un bien fait de l'Empereur, *non ut paterna substantia, sed ut imperialis munificentia.* Chopin sur la Coûtume de Paris. l. 1. t. 2. en rapporte deux Arrests, & neanmoins on apprend par le Journal des Audiences, l. 6. c. 17. que cette question ayant esté plaidée en l'Audience de la Grand' Chambre, elle fut appointée au Conseil, quoy que Monsieur l'Avocat General Talon eust remontré qu'il faloit faire difference entre les Offices qui sont hereditaires par le benefice du droit annuel, & les Offices de la Maison du Roy & de la Reyne, que les premiers qui sont créez par Edit en titre d'Office formé estant perdus par la mort des Titulaires, & taxez en faveur de la Veuve & des enfans à une somme modique, on les avoit réputez de la succession du défunt & sujets au payement de ses dettes. Mais pour les Offices de la Maison du Roy & de la Reyne, qui ne sont point en Titre d'Office formé, & qui n'ont de fondement ny de subsistance que dans le hazard des choses de la Cour, que ceux-là estant perdus par la mort des proprietaires, estant redonnez à la Veuve & aux enfans par une gratification particuliere, il n'y avoit pas d'apparence de les estimer entre les effets de la succession du défunt.

Les Offices hereditaires par le Droit Annuel, & ceux de la maison du Roy different.

Par l'Ordonnance de François II. de l'année 1559. les Offices d'Huissiers, Sergens & Archers qui sont tuez en faisant leurs Charges, sont conservez à leurs Veuves & à leurs enfans, conformément au Tit. *de filiis Official. l. qui in bello moriuntur.*

Par la Jurisprudence du Parlement de Paris, remarquée par Monsieur Bouguier, l. c. n. 5. & par Brodeau sur M. Louet, l. ff. n. 19. *l'hypotheque sur les biens de l'heritier pour les dettes du défunt n'a lieu que du jour de la condamnation obtenuë contre luy ou titre nouvel par luy passé :* La raison est, dit cet Auteur, que bien que l'heritier par l'adition d'heredité se soit tacitement obligé au payement des dettes du défunt, toutefois cela s'entend pour la personalité seulement, & non pas que ses biens soient obligez, les creanciers de l'heritier pouvans toûjours demander la separation des biens, ce qui fait que l'heritier n'est point obligé à la dette du défunt jusqu'à ce qu'il ait parlé, & que les creanciers du défunt ayent obtenu condamnation contre luy, ou qu'il ait passé volontairement un titre nouvel; de sorte qu'en matiere d'ordre les creanciers du défunt ne viennent en concurrence que du jour de la Sentence ou Titre nouvel, suivant la *l. Paulus. 29. D. de pign. Bona heredis à creditore testatoris in vim*

hypothecæ à defuncto constitutæ capi non possunt. C'est aussi la Jurisprudence du Parlement de Provence, raportée par Boniface, to. 1. l. 4. t. 3. c. 3.

Nôtre usage est contraire : l'adition d'heredité ne produit pas seulement en faveur des creanciers une obligation personnelle contre l'heritier, elle leur affecte par hypotheque de plein droit tous ses biens, sans qu'il soit besoin d'obtenir aucune condamnation contre luy, ou de luy faire passer aucun Titre nouveau ; l'adition d'heredité est un Contrat qui suffit seul pour l'obliger envers les creanciers du défunt, en ce cas *cum creditoribus hereditariis contraxisse videtur,* il est vray que par cette adition d'heredité il ne se fait pas de confusion au préjudice des creanciers de l'heritier, qui peuvent demander la separation de biens. *Proprii enim heredis creditores habent propria ejus bona.* Cela n'a lieu que pour les creanciers anterieurs à l'adition d'heredité, car aprés cette adition, *confusa sunt duo patrimonia*, & la separation de biens ne peut plus estre demandée par ceux qui ont contracté depuis, parce que l'heritier est devenu obligé aux dettes du défunt du moment qu'il a pris la succession. C'est la décision expresse de l'Article 129. du Réglement de *1666.* suivant lequel le Contrat ou Jugement qui étoit executoire contre le défunt l'est aussi contre l'heritier, tant sur les biens de la succession que sur ceux dudit heritier, sans qu'il soit besoin d'agir contre luy, pour faire déclarer lesdits Contrats & Jugemens executoires. En effet, cette procedure est entierement superfluë, l'heritier estant suffisamment obligé par sa qualité, & par la possession qu'il a prise de tous les biens du défunt. Je parleray encore dans la suite de la séparation qui se fait des biens du défunt & de l'heritier pour régler les hypotheques de leurs Creanciers.

L'adition d'heredité oblige l'heritier personnellement.

Les Interpretes du Droit sur la *l. 1. D. qui pot. in pign. hab.* ont traité cette question, si lors qu'il s'agit d'hypotheque l'on considere le temps de l'obligation ou le temps du payement ; surquoy Barthole a fait cette distinction, que *tempus contractæ obligationis spectandum est, non autem tempus solutionis, aut numerationis, quando non est in potestate debitoris pecuniam non accipere ; sed quando est in potestate debitoris pecuniam non recipere, tempus solutionis inspicitur.* On en propose un exemple en cette Loy premiere. Celuy qui avoit promis une dot se fit affecter particulierement un gage pour assûrance de la restitution de la dot, & en consequence il acquita

une partie de sa promesse; mais avant qu'il achevast de payer le reste, le mary hypothequa le mesme gage à un autre, l'on demanda si celuy qui avoit payé la dot estoit preferable pour le tout? Le Jurisconsulte répond, *cùm ex causa promissionis ad universæ quantitatis solutionem qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis.*

Cette difficulté se presente souvent, si aprés le Contrat de mariage, mais avant que le mary ait reçû la dot & que le mariage ait esté celebré, le mary contracte des dettes ce creancier intermediaire sera preferable? l'on peut dire contre la femme que *dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit. l. 1. C. de dote. cauta non n.* D'où il résulte que n'y ayant point d'obligation avant la reception, l'hypotheque qui n'est qu'accessoire ne peut commencer avant que l'obligation ait commencé d'être. C'est un usage constant que l'hypotheque commence du jour du Contrat lors qu'il est authentique, & non du jour du payement: La raison est que quand cette promesse de payer la dot seroit conditionnelle, cette condition estant purifiée par le payement, la promesse a son effet du jour du Contrat. *l. si filius fam. 78. D. de verb. oblig. in stipulationibus id tempus spectamus, in quo contrahimus.* L'on en considere la cause, l'origine, & l'évenement. Or comme le mary auroit son action & son hypotheque sur les biens du pere du jour de la promesse, la femme pour avoir la restitution de sa dot doit avoir les mêmes droits, & la mesme assurance pour son hypotheque; autrement il seroit au pouvoir du mary par les dettes qu'il contracteroit *intermedio tempore* de faire perdre la dot à sa femme: Il y a difference entre les stipulations conditionnelles & les legs conditionnels; *In stipulationibus conditionalibus inspicitur tempus interponendæ stipulationis, non tempus existentis conditionis. D. l. si filius fam. In legatis spectatur tempus quo conditio extitit, non tempus testamenti faciendi l. quæ legata de Reg. jur. Cujac. ad l. 28 l. 3. quæst. Pauli*; Mornac apporte cette exception, si le creancier intermediaire n'avoit fait decreter pour son asseurance le fonds qu'il avoit acheté, & là dessus il rapporte un Arrest remarquable. Une mere en mariant sa fille luy promettoit pour dot une somme payable la veille des épousailles: dans l'intervalle du Con-

trat & des épousailles, le fiancé vendit une maison, & l'acquereur stipula que pour sa seureté il la pourroit faire decreter; l'acquereur fit les diligences, & l'adjudication fut faite aprés les criées, trois mois aprés la celebration du mariage, sans aucune opposition de la part de la femme; mais s'étant fait separer de biens d'avec son mary, lors qu'elle prétendit être payée de ses conventions matrimoniales sur cette maison, l'acquereur luy opposa le decret. Elle repliqua que son Contat de mariage étoit anterieur, que le decret ne luy pouvoit nuire étant sous la puissance de son mary & n'étant point capable d'agir, que la negligence de son mary ne luy pouvoit apporter de perte, & que par consequent ses actions luy demeuroient entieres; l'acquereur tiroit grand avantage de ce que lors qu'il avoit acquis elle n'étoit point mariée, que la dot promise n'étoit point encore payée, & le decret en avoit esté fait dans toutes les formes depuis son mariage sans aucune intercession de sa part, ce qui le constituoit en bonne foy, & qu'ayant payé ses deniers sur l'asseurance d'un decret public il seroit injuste de le deposseder: Cette question fut extrémement debatuë, mais enfin par l'Arrest l'acquereur fut maintenu en la possession entiere de la maison, tant que le mary vivroit & lors qu'il y auroit ouverture au doüaire par la mort du mary, que la maison appartiendroit aux enfans qui naistroient de ce mariage, *jure dotalitii* pour leur doüaire Coûtumier.

Cet Arrest n'ayant adjugé que le doüaire, il s'ensuit que l'on a jugé que la demande de la dot étoit purgée par le decret comme n'étant pas un droit réel & foncier, & que par consequent la prescription avoit couru contre la femme: j'ay touché cette matiere sur l'Article 521. de la Coûtume de Normandie.

C'est donc une Maxime que pour régler la priorité d'une dette, on considere le temps de la naissance de l'obligation & non le temps de la destination du payement. *l. cedere diem, & ibi glos, in verbo nedum venit. D. de verbo. sign.* La raison est que le terme donné pour le payement ne rend pas l'obligation conditionnelle, & elle ne laisse pas de conserver son origine du jour que l'acte en a esté passé: Et cette regle a lieu tant en demandant qu'en défendant, soit que l'hypotheque soit generale ou speciale, *l. 2. D. qui pot. in Pign. l. si generaliter. C. eod.*

L'Obligation conserve son origine du jour que l'acte en a esté passé.

La regle de priorité a lieu pour les obligations conditionelles, comme pour les obligations pures & simples, lors que la condition est casuelle & mixte, & qu'elle ne dépend point de la seule volonté du debiteur, en ce cas elle a un effet retroactif au temps du Contrat, *l. qui balneum*, §. 1. *l. potior.* §. 1. *D. qui pot. in Pign.* Car lors que la condition arrive ou qu'elle est executée, l'obligation est considerée comme si dans son principe elle eust esté pure & simple & sans aucune condition, de sorte que les obligations contractées avant l'avenement de la condition, ne viennent qu'en un ordre posterieur : Il n'en est pas de mesme des conditions potestatives, c'est à dire de celles dont l'accomplissement dépend entierement de la volonté du debiteur, car elles n'ont pas un effet retroactif, on considere seulement le temps de l'évenement ou de l'execution de la condition : La raison de la difference entre la condition casuelle & la potestative est qu'il ne seroit pas juste que la condition potestative eust un effet retroactif, *quia fuit in potestate debitoris eam non implere*; *& sic non incidere in obligationem*, il étoit en la puissance du debiteur de s'obliger, ou de ne s'obliger pas : *& ideo non dicitur contractus initus*, *sed potius habitus tractatus de ineundo*, & c'est pourquoy elle ne peut avoir un effet retroactif, mais la condition casuelle ne dépendant que de la fortune, l'obligation où elle est apposée ne laisse pas d'estre contractée quoy que conditionnellement, de sorte que quand cette suspension cesse elle a son effet du jour qu'elle a esté contractée.

Ces differens effets des conditions casuelles & potestatives sont nettement expliquez par deux Loix du Digeste; nous en avons un exemple dans la *l. 1. D. qui pot. in pign.* Un particulier avoit promis une somme pour dot à une femme, & pour asseurance qu'elle luy seroit restituée aprés la dissolution du mariage, il avoit stipulé une hypotheque sur les biens du mary; cette dot fut payée en partie lors du Contrat, & le reste depuis, mais dans cet intervalle le mary contracta d'autres dettes; il se mût question pour la preference entre ces deux creanciers, le dernier prétendant être preferable à la portion de la dot qui n'avoit esté payée que depuis son Contrat, parce qu'il estoit en la liberté du mary de ne demander point le reste de la dot; mais Papinien répond, que *non utique solutionum*

observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis, nec probè dici in potestate ejus esse ne pecuniam residuam redderet ut minus dotata mulier esse videretur.

L'exemple d'une condition potestative se trouve en la *l. Titius, 4. D. quæ res pign. obl. poss.* Un particulier hypothequa ses biens à celuy dont il vouloit emprunter de l'argent, mais avant qu'il fust payé il obligea ces mesmes biens à un tiers, & depuis il reçût la somme pour laquelle il avoit engagé son bien. Le Jurisconsulte *Paulus*, estant consulté sur la preference entre ces deux creanciers, répondit que *inspiciendum est quas res in bonis debitor tempore mutuatæ pecuniæ habuerit, nam eo tempore pignoris obligationem contractam videri quo pecunia numerata est.*

Si une donation estoit faite par un Contrat de mariage ou autrement, au premier enfant qui naîtra du mariage, l'on a demandé si par la naissance de l'enfant la donation a son effet & son hypotheque du jour du Contrat, au prejudice des dettes qui auroient esté contractées depuis par le donateur? La raison de douter est qu'il ne peut y avoir de donation sans un donataire en la personne duquel elle subsiste : *ut non ante juris ratio quàm persona quærenda sit in qua donatio statum capiat, quæ sine acceptione intelligi non potest. L. quidam referunt. D. de jure Codicilli.* par la Loy des 12. Tables, *ei qui nondum natus nec conceptus erat nihil nec institutionis nec legati nomine relinqui poterat*; il faut une concurrence d'affection & de volonté entre le donateur & le donataire suivant le raisonnement du Jurisconsulte en *la l. in omnibus. D. de oblig. & act. concurrat affectus ex utraque parte contrahentium : alioqui sive ea venditio, sive donatio, sive quælibet alia contrahendi, aut nisi animus utriusque consentiat perduci ad effectum non potest.* Or cette affection & cette volonté ne peuvent concurrer avec une personne qui n'est point dans l'estre des choses; les donations faites à des personnes absentes, bien qu'elles soient acceptées par les Notaires, ne commencent d'avoir leur effet par l'Ordonnance de 1539. que du jour qu'elles sont acceptées, cette donation donc ne commence de naître que *ab eventu conditionis*, par la naissance d'un enfant; on fait neanmoins valoir ces donations du jour du Contrat *favore matrimonii*, parce que ce sont des conventions matrimoniales *quæ maximi sunt favoris & specialem præ cæteris obtinent firmitatem.* Si

aprés une donation pure & irrévocable; mais auparavant l'insinuation dans les quatre mois, le donateur dans cét intervalle contractoit quelques dettes, les creanciers ne pourroient pas prétendre d'hypotheque au préjudice du donataire; la raison est que l'Ordonnance leur donnant quatre mois pour requerir l'insinuation, le donateur ne peut rien faire dans cét intervalle qui porte préjudice au donataire: Et les creanciers ne peuvent dire qu'ils ont ignoré la donation ne l'ayant point trouvée au Greffe des insinuations, car ils ont pû sçavoir que du jour de la donation qu'ils pouvoient trouver au Tabellionnage le donataire avoit quatre mois pour requerir l'insinuation.

Le donataire a quatre mois pour requerir l'insinuation de la donation.

Dans la troisiéme partie du Journal des Audiences, l. 65. c. 25. l'on agite cette question, si l'on devoit donner hypotheque aux Procureurs du jour de la procuration, ou du jour que les condamnations étoient intervenuës, & l'Auteur nous aprend que cette question a esté long-temps indecise au Parlement de Paris, & que l'on a esté fort long-temps sans se determiner, les inconveniens paroissant fort considerables, & qu'enfin la chose ayant esté jugée d'une nature qu'elle meritoit avant que d'estre decidée, d'estre demandée à toutes les Chambres, aprés qu'elle y eut esté consultée, quoy que l'on demeurast d'accord que les consequences en étoient perilleuses, l'on a neanmoins estimé que la Justice vouloit que l'on donnast hypotheque aux Procureurs du jour de la procuration: l'Arrest est de l'année 1672. & par un autre Arrest du mesme Parlement du 19 Juin 1674. donné en forme de Reglement, il fut ordonné que les Procureurs auroient hypotheque pour le remboursement de leurs avances du jour de la procuration generale des parties, & pour leurs frais & salaires du jour de l'expedition de chaque affaire, & que les Procureurs seroient tenus de faire taxer leurs frais de six ans en six ans.

Les Procureurs sont tenus de faire taxer leurs frais de six ans en six ans pour avoir hypotheque.

La possession de la chose hypothequée que le second creancier pourroit prendre ne donneroit point d'atteinte à la regle de priorité, & quelque favorable que soit la dot par le droit Romain lorsqu'il s'agit de la repetition de deux dots sur les biens du mary l'on suit l'ordre de priorité, l'on garde aussi l'ordre du temps entre la Republique & les particuliers suivant la *l. si fun-*

dum. C. qui pot. in Pign.

La generale hypotheque l'emporte sur la speciale pourvû que la chose hypothequée n'ait point esté acquise des deniers du second creancier, *l. 7. eod.*

Comme il peut arriver que la succession d'un debiteur chargée de plusieurs dettes sera prise par un heritier qui soit endetté de son chef, comment peuvent subsister les hypotheques tant du défunt que de l'heritier, & de quelle maniere doivent-ils estre mis en ordre sur les biens des uns & des autres ?

Par l'Edit du Preteur *de separationibus bonorum*, les creanciers du défunt avoient cette faculté de pouvoir dans les cinq ans aprés son deceds demander la séparation des biens qui luy appartenoient d'avec ceux de son heritier, mais les creanciers de l'heritier n'avoient pas cette mesme faculté, parce dit-il Ulpien, *licet alicui adjiciendo sibi debitorem crediteris sui conditionem facere deteriorem, sibique imputare debent heredis creditores qui cum tali contraxerunt, l. 1. §. 5. D. de separ. bon.*

Ce raisonnement n'étant pas équitable, nous ne l'avons pas aprouvé: suivant nos usages il n'est point besoin de demander la separation des biens immeubles du défunt & de son heritier, mais les creanciers du défunt sont payez sur les biens par preference à ceux de l'heritier quoy qu'ils fussent plus anciens en datte, comme aussi les creanciers de l'heritier sont portez sur les biens qui luy appartenoient avant ceux du défunt, quoy que leurs contrats fussent d'une datte plus ancienne.

Les creanciers de l'heritier sont portez sur ses biens, avant ceux du défunt.

Suivant les Arrests rapportez par Monsieur le Prestre Cent. 1. c. 76. & par Brodeau sur Monsieur Loüet L. ff. n. 19. de même que les creanciers du défunt peuvent demander la separation des biens du défunt d'avec ceux de l'heritier, pour être payez entr'eux selon leur ordre, par preference aux creanciers de l'heritier, quoy qu'ils se trouvent plus anciens en datte, leur hypotheque ne pouvant s'étendre sur les biens du défunt, au préjudice des creanciers qui avoient contracté avec luy de son vivant. Par la même raison les creanciers de l'heritier, chacun en son ordre, sont preferez aux creanciers du défunt qui n'ont hypotheques sur les biens de l'heritier que du jour de l'adition d'heredité.

Un pere par une donation pure & irrévocable entre vifs avoit donné

donné la proprieté d'une terre à son fils, lequel avoit depuis succedé à son pere ; il se mût question entre les creanciers du pere, & ceux du fils pour l'ordre de leurs hypotheques qu'ils pretendoient respectivement sur la chose donnée : les creanciers du pere se fondoient sur cette raison, que la donation estoit un avancement d'hoirie, laquelle par l'adition d'heredité du fils donataire estoit démeurée esteinte & retournée à sa source & à sa premiere cause, qui devoit déterminer l'effet de la donation, de sorte que ne pouvant plus estre considerée separement, mais conjointement comme reünie à la masse de la succession du pere, elle estoit particulierement affectée aux creanciers du pere & en exemption des dettes du fils.

Les creanciers du fils répondoient que si cette donation étoit reputée un avancement d'hoirie, ce n'étoit qu'à l'égard des heritiers pour obliger le fils donataire à la rapporter à la masse de la succession ; mais à l'égard des creanciers du pere, la donation étant pure & irrevocable elle rendoit le fils veritable proprietaire de la chose, de sorte qu'il en pouvoit disposer, l'aliener & l'hypothequer au préjudice des creanciers du pere posterieurs à la donation, & qu'encore qu'il se fust porté heritier de son pere les hypotheques qu'il avoit contractées n'étoient pas éteintes & dissoutes. Il n'y avoit donc que les creanciers du pere anterieurs à la donation qui fussent preferables : ce qui me paroist raisonnable, quoy que Goujet en son Traité des Hypotheques quest. 35. rapporte un Arrest du Parlement de Paris, par lequel les Creanciers du pere furent preferez ; car puis qu'en vertu de la donation le fils étoit devenu proprietaire de la chose, & que par consequent il la pouvoit hypothequer, il ne pouvoit par l'adition de l'heredité de son pere faire préjudice à ses creanciers, pourvû que les creanciers du pere fussent posterieurs à la donation : Et c'est aussi le sentiment de Goujet. Par Arrest du Parlement de Paris, rapporté dans la 6. Part. du Journal du Palais, il a esté jugé que le substitué a une hypotheque tacite sur les biens particuliers de l'heritier greyé, pour raison des alienations & dégradations par luy faites dans les biens substituez, & que cette hypotheque commence du jour de l'alienation, & non du jour de la condamnation.

Par la disposition du Droit Romain il y a difference entre les

actions personnelles & les hypothecaires; le privilege & la preference pour les actions personnelles se regle par la cause & non par le temps, *l. privilegia. D. de bonis aut. jud. poss.* au contraire dans les actions hypothecaires l'on considere le temps, *Cujac. in Paralit. ad tit. qui pot. in Pign. hab.* Merlin en sa question 36. l. 4. t. 1. *de Pign. & hypoth.* dit que *inter creditores habentes personalem tantum prior tempore non est potior jure, nec ad invicem datur praerogativa, sed omnes veniunt in tributum, l. si hominem. 7. §. quoties D. Depositi dicta. l. privilegia: solum enim attenditur praerogativa temporis in reali.*

Il est necessaire d'expliquer ce que le droit Romain veut dire par ces distinctions de creanciers & d'obligations personnelles & hypothecaires, du privilege personnel, & de l'hypotheque privilegiée; car ces differences étans particulieres aux Romains & n'étans plus en usage, & au contraire la Jurisprudence Françoise y étant opposée, tout le monde ne les comprend pas, quoy qu'il n'y ait rien de plus commun dans le droit Romain & dans les Commentaires de ses Interpretes.

Par la Jurisprudence Romaine un creancier n'avoit aucune hypotheque sur les biens de son debiteur sans convention. Il falloit stipuler necessairement que les biens leur étoient engagez & hypothequez, & outre cette hypotheque generale & speciale sur les biens que l'obligé possedoit au temps du Contrat, il falloit ajoûter qu'il hypothequoit aussi les biens qu'il acquerroit à l'avenir; autrement la stipulation d'hypotheque n'avoit son étenduë que sur les biens qu'il possedoit au tems de l'obligation, *l. 15. §. 1, D. de Pign. & hypoth.* Il arrivoit de là que ce n'étoit pas assez pour assurer la preference sur les biens de l'obligé que l'obligation fust anterieure, car le creancier posterieur qui avoit stipulé une hypotheque, étoit preferé à celuy qui n'avoit qu'une obligation simple, parce qu'il avoit non seulement l'action personnelle, mais aussi l'hypothecaire, & c'est de là que provient cette distinction de creanciers personnels & hypothecaires, comme on l'apprend particulierement de deux Loix; La premiere est la Loy *potior. D. qui pot. in Pign. hab. potior est in jure, qui prius credidit pecuniam, & recepit hypothecam:* la Loy *Eos* du mesme titre au C. y est encore plus expresse: *Eos qui receperunt Pignora cum in rem actionem habeant privilegiis omnibus quae*

personalibus actionibus competunt præferri constat: Il est manifeste par ces Loix que le creancier qui a l'action personnelle, n'a point d'hypotheque, encore mesme qu'elle fust privilegiée, la raison est que le privilege personnel n'affecte point la chose & par consequent il cede au droit hypothecaire.

Le privilege personnel n'affecte point la chose, & cede au droit hypothecaire.

Ainsi dans le Droit Civil, le creancier personnel ou chirographaire est celuy qui n'a qu'une action simple, le creancier hypothecaire celuy qui outre l'obligation personnelle simple a stipulé une hypotheque sur tous les biens de son obligé. Il est vray que parmy nous ces distinctions ne sont plus considerables & ne peuvent avoir lieu; car nos Contrats passez devant Notaires, & autorisez par le sceau du Prince, portent hypotheque de leur nature, & bien que les Notaires ne manquent jamais d'y employer cette clause, que *le debiteur engage & hypotheque tous ses biens presens & à venir*, cette clause est plus du stile que de necessité, parce que quand elle n'y seroit pas employée l'hypotheque ne seroit pas moins acquise par la nature du Contrat.

Aprés avoir expliqué la difference des creanciers personnels & hypothecaires, il faut parler de la maniere dont ils pouvoient être payez sur les biens de leurs obligez.

Les creanciers personnels n'ayant point stipulé d'hypotheques, & n'en pouvant avoir sans convention, ils étoient tous d'une égale condition, & par consequent ny les uns ny les autres n'ayant aucune hypotheque sur les biens de leur debiteur, ils ne pouvoient être portez qu'en concurrence; si toutefois quelques-uns de ces creanciers avoient une dette privilegiée, il étoit preferé aux autres; mais la difficulté restoit entre les creanciers privilegiez, s'ils devoient concurrer ou s'il y avoit lieu à la preference.

Pour décider cette difficulté le Jurisconsulte en la *l. privilegia*, dit que les privileges se reglent par la cause & non point par le temps, & que par consequent les creanciers dont le privilege est d'un mesme titre, & dont la faveur est égale concurrent entr'eux, *privilegiis pluribus in actione personali privilegiati concurrunt ut in actione tutelæ vel depositi.* Il n'y a qu'une exception à cette regle, quand la question s'offre entre deux dots en ce cas quoy qu'elles soient également privilegiées la dot de la premiere femme est preferable à l'autre.

La dot de la premiere femme est preferable à la dot de la seconde.

Mais il pourroit encore arriver qu'entre des creanciers privilegiez un privilege seroit plus favorable que l'autre, en ce cas le plus favorable l'emporte sur l'autre; *privilegiis duobus concurrentibus in actione personali præfertur is cujus causa est magis privilegiata.* La glose sur la Loy *privilegia* rapporte quatre exemples de ces causes plus privilegiées: La premiere pour le fisc. La seconde pour la dot. La troisiéme pour celuy qui a fourny de l'argent pour la conservation de la chose. La quatriéme pour les frais Funeraires, pour les Medecins, les Apothicaires & les gages des Serviteurs: Il faut neanmoins remarquer que ces quatre sortes de creanciers n'avoient pas seulement un privilege entre les creanciers personnels, mais aussi entre les hypothecaires privilegiez.

Des quatre causes plus privilegiées.

Car parmy les Romains il y avoit trois sortes d'hypotheques, l'expresse, la tacite & la privilegiée, que Justinien en la Novelle 97. définit en cette maniere, *cum juniores hypothecæ præferuntur anteriori ex privilegiis aliis datis:* Et Loyseau, l. 3. c. 5. n. 21. dit que l'hypotheque privilegiée, que l'on peut aussi appeller privilege réel ou hypothecaire, est une certaine prerogative attribuée par le droit à l'hypotheque tacite ou expresse, qui la rend preferable non seulement aux dettes chirographaires & aux privileges personnels, mais aussi aux autres hypotheques quoy qu'anterieures: Les mesmes causes qui donnent le privilege aux actions personnelles, les mesmes causes le donnent aux actions hypothecaires, ainsi celuy qui preste son argent pour l'achapt d'une chose ou pour la conservation d'icelle avec les stipulations requises par les Loix, l'emporte sur le creancier anterieur qui n'a que la simple hypotheque.

L'argent presté pour l'achat de la chose, ou pour sa conservation est anterieur en hypotheque.

Cette hypotheque privilegiée est reçûë toutefois & quantes que le privilege personnel se rencontre en une certaine chose, specialement avec l'hypotheque, à cause du double droit & du double lien, *l. licet qui pot. in pign. hab.* c'est ce que je me prépare d'expliquer dans le Chapitre suivant.



CHAPITRE XIV.

Des Dettes privilegiées

LE temps ne décide pas toûjours la preference entre les creanciers, parce qu'ils ne sont pas toûjours d'une même qualité & d'une condition égale.

Dans le Droit Romain il y avoit deux especes de creanciers, les Chirographaires & les Hypothecaires. Les Chirographaires étoient ceux dont les Contrats & les Obligations produisoient seulement une action personnelle & ne donnoient aucune hypotheque, parce qu'elle n'avoit point esté convenuë ny stipulée. Les creanciers Hypothecaires étoient ceux dont les obligations ne produisoient pas seulement une action personnelle, mais qui acqueroient encore une action hypothecaire sur les biens de leur debiteur en quelque main qu'ils pûssent passer, en vertu de l'hypotheque expresse qui avoit esté stipulée.

Des Creanciers Chirographaires & hypothecaires chez les anciens.

Les creanciers de ces deux especes peuvent avoir des dettes pures & simples, ou des dettes privilegiées.

Entre les creanciers Chirographaires le temps ne donnoit aucune preference; mais ils concurroient tous comme étant de condition égale, *L. 6. C. de bon. auth. jud. poss.* Si neanmoins entre les creanciers il y en avoit de privilegiez ils étoient preferables: que si les creanciers privilegiez étoient d'un même titre, le temps ne donnoit entr'eux aucune preference, mais ils concurroient également.

Les creanciers Hypothecaires étoient toûjours preferez aux creanciers Chirographaires quelque privilege qu'ils pussent avoir: Car l'on faisoit grande difference entre le creancier qui n'avoit qu'un privilege personnel, & celuy qui avoit une hypotheque. Ce dernier soit qu'il eust une hypotheque expresse ou tacite l'emportoit toûjours sur les creanciers personnels. *L. Eos. C. qui pot. in Pign. hab. Eos qui acceperunt Pignora cum in*

rem actionem habeant, privilegiis omnibus quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat.

Dans le Droit François nous avons ces deux especes de creanciers, les Chirographaires & les Hypothecaires, & nous en avons encore une troisiéme espece d'Hypothecaires & de privilegiez. Nous appellons *Chirographaires* ceux dont les obligations ne sont point reconnuës & qui n'ont point d'hypotheque quoy qu'ils l'ayent stipulée.

Des creanciers Chirographaires & Hypothecaires dans le droit François.

Mais il faut remarquer que nous n'avons point reçû dans nôtre usage les privileges que le Droit Romain appelle Personnels, & comme il ne s'est pas expliqué nettement touchant ces privileges Personnels, cela cause de la confusion & de l'obscurité dans cette Jurisprudence où il se rencontre plusieurs loix fort opposées & contraires les unes aux autres; l'explication n'en est pas fort necessaire, puisqu'ils sont abolis parmy nous, & que nous ne reconnoissons plus de creanciers personnels que ceux qui n'ont que des contrats ou obligations sous seing privé, & ils sont tous d'égale condition, & ne peuvent avoir plus d'avantage les uns que les autres, ce qui n'estoit point par le Droit Romain, où il y avoit des creanciers personnels plus privilegiez les uns que les autres.

Les *Hypothecaires* sont ceux dont les Contrats ont esté reconnus en Justice ou passez devant Notaires. Et il y a cette difference entre le Droit Romain, & le Droit François, que par le premier l'hypotheque n'estoit point acquise si elle n'estoit stipulée; au lieu que par le Droit François tous Contrats passez devant Notaires, ou reconnus en Justice emportent hypotheque sans aucune stipulation.

Tous Contrats passez devant Notaires, ou reconnus en Justice emportent hypotheque.

Mais comme je viens de le dire, le temps ne donne pas toûjours la preference: Cette regle reçoit plusieurs exceptions, & il y a des dettes si favorables & si privilegiées que lors qu'il s'agit de la preference, l'on considere plus la cause que la datte des Obligations, *Interdum posterior potior est priore:* de sorte qu'entre privilegiez ceux qui ont un privilege plus digne & plus favorable l'emportent sur les autres.

Les frais Funeraux sont privilegiez à toute dette.

La dette la plus privilegiée est celle des frais funéraux, elle precede toutes les autres, *Impensa funeris omne creditum solet præcedere cum bona solvendo non sunt. l. impensa. D. de Relig. & sumpt.*

funer. L'on ne doit pas perdre si promptement le souvenir du défunt, & ceux qu'il a honorez de ses bien-faits & de son amitié ne peuvent mieux marquer leur reconnoissance qu'en prenant soin de ses funérailles. *Plat. lib. 4. de leg.* Il est vray que quelques Interpretes de Droit ont pretendu que cette Loy ne se doit entendre que des dettes personnelles & non des hypothecaires, *quæ præponuntur privilegiis personalium actionum. l. Eos. C. qui pot. in Pign. hab.* Mais le privilege a lieu au prejudice de tous creanciers personnels & hypothecaires, comme il a esté jugé par plusieurs Arrests du Parlement de Paris rapportez par Monsieur Loüet & son Commentateur *l. c. n. 29.* jusques là mesme que si le locataire decede sans laisser d'autres meubles que ceux qui sont dans la maison que le défunt occupoit, l'action pour les frais funeraux precede le payement des loyers. *Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invectis & illatis eum funerandum Pomponius scribit, & si quid superfluum remanserit hoc pro debita pensione teneri. l. & si quis 14. ꝭ. si colonus. De Relig. & sumpt.* Le Maistre & le Proprietaire a dû prévoir cét accident, & faire saisir les meubles de son Locataire ou de son Fermier auparavant son deceds.

Dans la France Coûtumiere l'on ne met point entre les creanciers privilegiez les femmes pour la repetition de leurs deniers dotaux : Cette prerogative ne leur a esté conservée que dans les Païs où le Droit Romain est encore suivi, Mainard. l. c. 57. Monthelon Arrest 64.

Le Creancier qui a presté des deniers pour la construction, l'armement ou le radoub d'un Vaisseau, ou qui a fourni les victuailles ou payé le fret, qui a baillé de l'argent pour dégager ou sauver les marchandises, a une hypotheque tacite & privilegiée, *quia salvam fecit pignoris causam. l. interdum. D. qui pot. in pig. l. hujus. 6. eod.*

Au procez pendant en la l. 2. C. des Enquestes, au Raport de Monsieur Baudoüin du Basset, l'on agita cette question; sçavoir si les Contrats à la grosse avanture faits par renouvellement conservoient toûjours un privilege sur le Vaisseau au préjudice des Creanciers hypothecaires du Maistre dudit Navire? Le fait du procez estoit considerable : le Sieur Philis Granieau Marchand à S. Jean de Lus avoit plusieurs Navires, & estant en so-

Des Contrats à la grosse avanture.

cieté avec Estienne Foulquier son beaupere ; ils avoient fait bâtir le Navire nommé S. Estienne. Aprés la mort de Foulquier, Catherine de Harreins sa veuve fit un accord avec ledit Granieau, par lequel il demeuroit redevable envers elle d'une somme de douze mille livres qu'elle laissa entre ses mains, à condition de luy payer deux pour cent d'interest. Hugues Granieau frere dudit Philis avoit esté aussi en societé avec luy, & par l'accord que cette veuve fit en mesme temps avec luy, il demeura reliquataire de dix mille livres, & depuis ledit Philis Granieau devint heritier des enfans dudit Hugues Granieau son frere. Ces deux accords estoient de l'année 1676. En 1674. Philis Granieau prit de l'argent à la grosse avanture sur le Navire S. Estienne, des Sieurs Cornu, Bigot, & le Clerc, & au retour du Navire il ne rendit point l'argent, mais l'équipa pour un second voyage, & prit encore de l'argent à la grosse avanture sur ce mesme Navire. Estant decedé en ce mesme temps, Catherine de Harreins sa belle-mere fut établie Tutrice de ses enfans & de ceux de Hugues Granieau : elle n'accepta la succession de Philis Granieau que par benefice d'inventaire, & en sadite qualité elle fit trois Contrats de renouvellement avec lesdits Cornu, Bigot & le Clerc de l'argent qu'ils avoient baillé sur le Navire S. Estienne, & en ce faisant ils déclarerent nuls les Contrats precedens, sauf l'hypotheque, & elle leur engagea tout de nouveau ledit Vaisseau qui estoit prest à partir pour son second voyage avec les marchandises du retour, & obligea tous ses biens meubles & immeubles. Le Vaisseau ayant fait son retour à Roüen, il y fut saisi & decreté. Lors de la distribution des deniers ceux qui avoient baillé l'argent pour le second voyage furent colloquez les premiers sans aucun contredit ; ladite de Harreins pour les sommes qui luy estoient deuës suivant les accords dés l'année 1676. lesdits Cornu, Bigot & le Clerc s'opposerent pour leurs Contrats de renouvellement, & par Sentence du Juge de l'Amirauté, ladite de Harreins fut jugée preferable, dont ils appellerent. Dans ce mesme temps les autres biens de Philis Granieau, & les deniers provenans du Navire S. Estienne estoient discutez à Bayone, & sur un Apel il intervint un Arrest au Parlement de Bordeaux, par lequel toutes les creances de

de ladite de Harreins furent jugées preferables aux Contrats de renouvellement.

Ladite de Harreins Intimée au Parlement de Roüen, sur l'appel desdits le Cornu, Claude Bigot, & le Clerc, soûtenoit que les Contrats renouvellez n'avoient point d'hypotheque speciale sur ledit Navire S. Estienne, mais une simple hypotheque generale sur tous les biens dudit Philis Granieau ; que la societé avoit fini dés l'année 1676. par la mort d'Estienne Foulquier, & qu'aprés avoir transigé avec ledit Granieau elle luy avoit baillé son argent à deux pour cent d'interest, qu'elle n'avoit contracté avec les Apelans qu'en sa qualité de Tutrice, & n'avoit pû engager que les biens de l'heredité, & qu'il en falloit toûjours revenir au point de droit qui est decidé par l'Ordonnance de la Marine, & par les Us & Coûtumes de la Mer ; par l'Art. 10. de ladite Ordonnance Tître des Contrats à la grosse avanture, les Contrats renouvellez ne concurrent point avec l'argent donné à la grosse pour le dernier voyage, ainsi les Contrats renouvellez n'ont plus de privilege ; & par les Us & Coûtumes de la Mer au Traité des Contrats maritimes, il est dit que *duæ specialitates non possunt concurrere circa idem*, que l'une fait dégenerer l'autre en hypotheque simple, & par cette raison les Contrats renouvellez ne peuvent venir qu'en leur rang d'hypotheque ; par le mesme Traité, il est encore dit que *cessante causa cessat privilegium.* L'argent donné à la grosse avanture qui avoit acquis un privilege sur le voyage dudit Navire le perd aprés le retour du voyage fait & accomply ; parce que l'argent qui avoit esté donné pour le voyage precedent, ne peut plus servir pour le voyage à faire, parce qu'il faut recommencer les mesmes frais qui avoient esté faits : Il est donc vray de dire que les Contrats à la grosse par le renouvellement ont degeneré en une simple hypotheque ; les creanciers ont si bien reconnu qu'ils perdoient leur privilege, qu'ils ont employé dans leurs Contrats de renouvellement que leurs Contrats precedens demeuroient nuls, sauf l'hypotheque : Aussi cette question avoit esté decidée en sa faveur au Parlement de Bordeaux entre tous les mesmes creanciers ; & enfin qu'elle consumoit & emportoit tous les deniers en vertu de sa dette privilegiée qui estoit de 9520 liv. qu'elle avoit fournie pour les necessitez du dernier voyage du-

dit Navire, & laquelle somme avoit esté adjugée par Arrest dudit Parlement de Bordeaux.

Les Apelans soûtenoient au contraire, que par leurs Contrats de renouvellement ils avoient conservé une hypotheque speciale & privilegiée sur ledit Navire; que tout ce qui fait avoit esté au Parlement de Bordeaux ne devoit estre consideré comme fait par des Juges incompetens, ne pouvant connoître d'un procez dont le Parlement de Roüen estoit saisi: Ainsi il falloit juger cette cause en l'estat qu'elle avoit esté instruite en l'Amirauté de Roüen où l'Intimée ne s'étoit point opposée dans les formes pour lesdits 9520 liv. que c'étoit une dette suposée, & qu'elle avoit engagé à leurs dettes le Navire tout envituaillé & radoubé qu'il estoit, ce qui la privoit d'y rien pretendre à leur préjudice; que par leur renouvellement ils n'avoient point perdu leur privilege, mais qu'ils s'étoient expressément réservez à leurs hypotheques; que le second voyage emportoit seulement une preference au profit de ceux qui avoient donné leur argent pour ce second voyage, mais qu'il n'effaçoit pas le privilege du premier. Par Arrest du 31 de Mars 1685. la Sentence fut cassée, & ordonné que lesdits Apelans seroient payez par concurrence entr'eux, & par preference à ladite veuve de Harreins.

Artisans travaillans à la construction d'un Vaisseau ont hypotheque tacite.

Plusieurs Artisans qui avoient travaillé à la construction d'un Navire, appartenant à un nommé Liebaut, & quelques autres qui avoient fourny des materiaux pretendoient avoir un privilege sur les deniers provenans de la vente de ce Vaisseau, quoy qu'ils n'eussent que de simples memoires qu'ils avoient fait reconnoître depuis la saisie de ce mesme Vaisseau. Quelques Marchands qui avoient baillé de l'argent à profit sur iceluy, formerent contredit à ce privilege, quoy qu'ils n'eussent que des cedules sous signatures privées, & soûtenoient que quand ils auroient eu un privilege ils l'avoient perdu, ayant laissé aller plusieurs fois le Vaisseau en mer, & par ce moyen ayant quitté & abandonné leurs gages & renoncé tacitement à tout privilege sur iceluy, ce qui faisoit presumer qu'ils avoient esté satisfaits par le debiteur, vû principalement qu'ils n'avoient fait reconnoistre leurs promesses que depuis la saisie & aprés l'an & jour, ce qui les rendoit non recevables; neanmoins par Arrest

en la Chambre de l'Edit le 27 Février 1659. il fut ordonné que lesdites obligations seroient payées en privilege sur les deniers provenans de la vente dudit Vaisseau ; plaidans Theroude pour les Artisans, & moy pour les Marchands.

Par la nouvelle Ordonnance de l'année 1681. touchant la Marine Tit. des Prescript. cette hypotheque tacite & privilegiée ne peut estre de longue durée, car suivant l'Art. 2. un an aprés le voyage fini, les Maistres & Patrons, les Officiers, Matelots, & autres gens de l'équipage ne peuvent demander leurs gages & loyers ; & par l'Article suivant ceux qui ont fourni les bois & autres choses necessaires à la construction, équipement, avituaillement des Vaisseaux, ni les Charpentiers, Calfateurs, & autres Ouvriers employez à la fabrique & radoub ne peuvent faire aucune demande pour le prix de la marchandise, ni pour leurs peines & salaires aprés un an, à compter à l'égard des Marchands du jour de la délivrance de leurs marchandises, & pour les Ouvriers du jour que leurs ouvrages auront esté reçûs. Ces prescriptions neanmoins suivant l'Article 10. du mesme titre n'ont point lieu lors qu'il y a cedule, obligation, arresté de compte ou interpellation judiciaire : en ce cas ces cedules ou obligations ne se prescrivent en Normandie que par trente années.

Les Maîtres, Patrons, gens de Marine, ne peuvent demander leurs gages un an aprés le voyage.

La mesme Ordonnance titre de la saisie & vente des Vaisseaux Art. 16. dispose de quelle maniere l'on doit proceder à la distribution du prix des Vaisseaux: les loyers des Matelots employez au dernier voyage sont payez par preference à tous creanciers. Aprés eux les opposans pour deniers prestez pour les necessitez du Navire pendant le voyage ; ensuite ceux qui auront presté pour radoub, victuailles, & équipement avant le départ : en quatriéme lieu, les Marchands Chargeans ; le tout par concurrence entre les creanciers estant en mesme degré de privilege, & quant aux creanciers chirogafaires & autres non privilegiez, ils sont payez suivant les Coûtumes & Loix des lieux où l'adjudication a esté faite.

Ordre de ceux qui sont payez par preference au voyage d'un Vaisseau.

Et par l'Art. 17. si le Navire vendu n'a point encore fait de voyage, le Vendeur, les Charpentiers, Calfateurs, & autres Ouvriers employez à la construction, ensemble les creanciers pour bois, cordage, & autres choses fournies pour le Bâtiment, sont

payez par preference à tous creanciers, & par concurrence entr'eux.

L'argent presté pour construire ou rédifier un Bâtiment a hypotheque tacite.

Celuy qui a presté des deniers pour les employer à la construction ou rédification d'une Maison a pareillement privilege sur icelle, au préjudice de tous les creanciers purement hypothecaires, *creditor qui ob restitutionem ædificiorum credidit in pecuniam quam credidit, privilegium exigendi habet, l. creditor. D. si cert. pet.* il ne suffiroit pas neanmoins d'avoir presté son argent pour cet effet, & d'en avoir stipulé l'employ, si le creancier pour l'assurance de son privilege ne prenoit les quittances des Entrepreneurs & des Ouvriers qui auroient travaillé & qui auroient esté payez de ses deniers; c'est la disposition expresse de la Loy, *quamvis. C. de Pign.* & de la *l. licet qui pot. in pign. hab.* Ce qui n'est pas fondé sur cette raison, que *hujus creditoris pecunia causam pignori præbuerit ut in eo dici solet, qui salvam fecit pignoris causam, sed quod cum causam pignori præbeat permittendum ei est, ut quam velit legem dicat qui scilicet non aliter erat contracturus, Ant. Faber in Cod. suo in definio. qui pot. in pign. habeantur*; quoy qu'Accurse & plusieurs autres ayent estimé que le creancier avoit hypotheque tacite sur la chose achetée de ses deniers, ce privilege n'a pas lieu seulement sur le fonds ou sur la proprieté de la Maison, mais aussi sur les Cours, suivant un Arrest du Parlement de Paris, rapporté par Bacquet des Droits de Justice, c. 21. n. 296, & par Mornac, ad *l. interdum. ff. qui pot. in pign. hab.*

Cette espece de privilege se trouve quelquefois par l'évenement fort mal assuré, car il n'a pas lieu indéfiniment, *sed in quantùm res pretiosior facta est*, car si la maison estoit venduë moins que la rente qui seroit dûë au Seigneur direct & foncier, le creancier ne pourroit pas pretendre de privilege pour les augmentations qui auroient esté faites de ses deniers, puisque le fonds n'en auroit point été vendu davantage; *Nam prior est causa Domini soli si non solvatur ei solarium. C. etiam 16. ff. qui pot. in pign.* & c'est une Maxime, que *quæcumque solo inædificantur solo cedunt, ideoque jus soli superficiem sequitur, l. Paulus. Resp. ff. de pign.* le Seigneur donc n'est point obligé de tenir compte des impenses & meliorations que l'on pretend avoir faites, que *in quantum fundus pretiosior factus est*, ce qui ne peut s'entendre qu'aprés sa rente fournie: le creancier répond qu'il ne demande rien sur le prix du fonds

pour lequel le Seigneur estoit preferable, mais qu'il faloit discuter si les bastimens faits de ses deniers avoient rendu le fonds de plus grande valeur, & si cela se trouvoit, distraire la plus valeur à son profit. Par un Arrest du Parlement de Paris, rapporté par Brodeau sur Monsieur Loüet, l. h. n. 21. il fut Jugé à l'avantage du Seigneur. Mornac en rapporte un autre sur la *l. interdum. ff. qui pot. in pign.* par lequel il fut ordonné que le fonds seroit estimé separément, & que le prix de l'estimation seroit payé au Seigneur direct, & la valeur de la superficie à celuy des deniers duquel la maison avoit esté construite. Monsieur Bouguier, l. h. n. 12. rapporte un autre Arrest donné à son Rapport, par lequel il a esté jugé que le Seigneur est preferable aux Charpentiers & Maçons qui ont bâty depuis le Contrat, & rendu la chose meilleure non pour le prix entier du Contrat, mais pour l'estimation de la valeur de la chose, eu égard au temps du Contrat, ventilation faite d'icelle. Goujet des Hypotheques, cite un un Arrest par lequel il fut jugé que ventilation seroit faite du fonds & des bâtimens separément, pour estre sur ce tant le bailleur que le creancier qui avoit presté pour bâtir payez, en concurrence, le bailleur à proportion de la valeur de son fonds, l'autre du bâtiment, eu égard à l'estat present de la chose : & par un autre Arrest rapporté dans la troisiéme Partie du Journal des Audiences, l. 10. c. 1. il a esté jugé que les creanciers qui avoient des quittances d'employ des sommes fournies aux Ouvriers & Maçons, seroient colloquez concurremment avec les creanciers qui avoient presté leur argent pour l'acquisition du fonds de la Maison.

En ces rencontres, lors que des Maisons sont venduës par decret, l'on a égard à ce que les Maisons ont esté venduës davantage, à cause des augmentations lesquelles y ont esté faites, pour donner cette plus valeur au creancier privilegié. Guillaume Helie vendit son Office de premier Huissier & de Buvetier au Bailliage de Roüen au nommé Petit, moyennant la somme de dix mille livres. Petit voyant que les Buvettes n'estoient loüées que 50. liv. pour estre en mauvais estat, les fit réparer & augmenter, & pour cet effet il emprunta des deniers de Maistre Pierre Regnaut Huissier en la Cour, qui stipula pour son assurance que ses deniers seroient employez à la construction des

dites Buvettes, & qu'il en seroit fait mention dans les quittances qu'il tireroit des Entrepreneurs, ce qui fut executé. Depuis cette Charge de Premier Huissier avec les Buvettes ayant esté saisies par Helie, elles ne furent venduës que 7000 liv. Lors de la distribution des deniers, Helie pretendit emporter la somme entiere, comme estant creancier privilegié pour six mille livres. Au contraire Regnaut faisoit voir que le revenu de ces Buvettes estoit beaucoup augmenté par les bastimens que l'on avoit faits de ses deniers, estant loüées deux cens quatre-vingt livres au lieu de 50 livres. Ce qui ayant fait monter l'adjudication à un plus haut prix, il estoit raisonnable qu'il fut payé à proportion de l'augmentation causée par l'employ de ses deniers; le Bailly l'ayant jugé de la sorte, & Helie en ayant appellé, par Arrest du 24 d'Avril 1652. au Rapport de Monsieur de Toufreville, la Sentence fut confirmée : j'avois écrit au procez pour Regnaut. Cet Arrest est d'autant plus considerable qu'il a esté rendu contre le proprietaire qui avoit vendu lesd. Buvettes & qui n'avoit pas esté payé; mais l'augmentation causée par les bâtimens qui avoient esté faits estoit constante.

Autre Arrest pareil sur ce fait : Pierre Larchevesque acheta de Thomas Lucas une Maison scituée sur le Pont de Robec à Roüen, moyennant dix mille huit cens livres; il employa pour la reparer trois mille neuf cens cinquante livres : depuis Richard Larchevesque l'ayant acquise de Pierre Larchevesque son frere, moyennant treize mille livres, & en ayant esté dépossedé par une saisie réelle, il s'en rendit adjudicataire, & s'estant opposé sur les deniers de l'adjudication pour estre payé en privilege de la somme de trois mille neuf cens cinquante livres, pour les réparations & rédifications faites à cette maison il en fut évincé; sur son appel il fut dit par un Arrest interlocutoire du 28 Juin 1677. qu'avant que de faire droit sur l'apel il seroit dressé un Procez verbal des réparations faites en ladite Maison, en la presence des parties & des Experts dont elles conviendroient, ensemble qu'estimation seroit faite d'icelles, & informé du temps qu'elles avoient esté faites, pour le tout fait & rapporté estre ordonné ce qu'il appartiendroit : en execution de cet Arrest le Procez verbal ayant esté dressé, par Arrest au Rapport de Monsieur Busquet, du troisiéme de Decembre 1678. La Cour

en réformant la Sentence, ordonna que Larchevesque seroit porté par privilege au prejudice de tous creanciers, mesme avant les frais du decret, de la somme de quatre mille deux cens vingt-huit livres, pour les augmentations par luy faites en ladite maison, tant auparavant que depuis la saisie en decret, suivant & conformément qu'elles avoient esté estimées par les Experts : quoy que le Larchevesque n'eust pas pris de quittances des Ouvriers, neanmoins estant acquereur on ne laissa point d'ordonner que les augmentations seroient estimées par Experts.

Autre Arrest pareil en l'Audience de la Grand' Chambre du 5 Juin 1682. Bertram avoit vendu une maison située à Evreux, moyennant 1400 liv. l'acquereur nommé Herichon y avoit fait pour 540 liv. de réparations. Depuis cette maison ayant esté saisie & venduë pour les debtes de l'acquereur, Marie Petit veuve de l'acquereur oposa pour estre remboursée en privilége de cette somme que l'on avoit employée pour les réparations : par une premiere Sentence l'on avoit ordonné que les Ouvriers seroient aprochez pour jurer si leurs quittances estoient veritables. Ce qui ayant esté fait, l'on jugea que ladite veuve seroit colloquée en privilege pour lesdites réparations. Eudeline & Hervaut creanciers de Bertram qui avoient vendu cette maison ayant appellé de cette Sentence, Néel leur Avocat dit que la question estoit de sçavoir qui seroit preferable sur le prix d'une maison venduë par decret, ou des creanciers du vendeur, ou de l'acquereur pour les réparations? La difficulté résultoit de ce que cette maison avoit esté venduë 1490 liv. & que les augmentations que la veuve de l'acquereur pretendoit y avoit esté faites se montoient à 540 liv. & le prix de la vente judiciaire n'estoit que de mille livres, de sorte que si les Sentences estoient confirmées, les creanciers du vendeur ne seroient colloquez que sur la somme de 460 liv. le surplus estant adjugé pour les réparations qui peut-estre n'ont point augmenté la valeur du fonds? ce qui leur avoit donné lieu de demander que la maison fust visitée, pour connoître la qualité des augmentations, le temps qu'elles avoient esté faites, & si elles augmentoient le revenu? ce qui avoit esté jugé par plusieurs Arrests fondez sur ce que l'acquereur ne peut avoir privilege pour ses

réparations, que pour autant que l'heritage en est augmenté de valeur ; que si le prix de la vente ne suffit pas pour payer les creanciers du vendeur & le prix des augmentations, il est juste que tous portent leur part de la perte ; & pour cét effet, les Appelans concluoient qu'avant de faire droit il seroit dressé Procez verbal desdites réparations & de leur valeur, pour le tout fait & raporté estre pourvû ainsi qu'il apartiendra. Berteaume pour l'Intimée répondit qu'il falloit distinguer deux sortes de réparations & de meliorations, celles qui se font pour le plaisir, ou la commodité de l'acquereur, & celles qui se font pour la conservation & la durée de la chose : pour les premieres, l'acquereur ne peut pretendre le remboursement que pour autant qu'elles augmentent le prix de la chose : pour les autres qui sont tellement necessaires que sans cela la maison auroit esté ruinée ; le privilege en est si fort qu'il est preferable à toutes autres dettes, de quelque qualité qu'elles puissent estre *l.6. qui pot. in pign. hab. D.* Or les réparations dont il s'agit estant de cette qualité, il avoit esté bien jugé, en ordonnant que l'Intimée en seroit recompensée. La Cour avant que de faire droit, ordonna qu'il seroit dressé Procez verbal de l'état où estoit la maison lors de la vente & de celuy où elle estoit à present, ensemble des rédifications & augmentations, pour le tout fait & raporté estre ordonné ce qu'il apartiendra : C'est aussi la Jurisprudence du Parlement de Paris, suivant un Arrest raporté dans le 9. Tome du Journal du Palais, où cette question est traitée.

Les augmentations & rédifications augmentant le fonds sont privilegiées.

Un acquereur ou autre detenteur qui n'aura fait durant sa joüissance que de simples réparations, comme de couverture ou autres semblables, ne pourroit pas demander d'en estre remboursé en privilege au prejudice du proprietaire & des anciens creanciers, comme il fut jugé en l'Audience de la Grande Chambre le 18 de Novembre 1655. contre Michelle Laloüette veuve de Coulon, & Pecard.

L'acquereur ou detenteur d'heritage pour de simples réparations n'est pas privilegié.

Il ne suffit pas que des deniers soient empruntez pour acheter un heritage, cela ne donne pas un privilege, *Res enim ex pecuniis creditoris comparata creditori non est tacito jure obligata* ; ces deux stipulations sont requises expressement, *ut creditor pecuniam sub hoc pacto credat, ut pignus ei obligetur* ; & que *in ipsa rei traditione in ipso contractu emptionis interveniat conventio*, & que

l'on

l'on puisse dire, que *res ad debitorem non pervenit, nec fuit in bonis nisi cum ea causa privilegii*: comme il est expressement decidé en la l. *licet. C. qui pot. in pign. is cujus pecuniâ prædium comparatum probatur, quod ei pignori esset specialiter obligatum, statim convenit omnibus anteferri juris autoritate declaratur.*

Pour acquerir donc aux creanciers une hypotheque privilegiée sur la chose achetée de leurs deniers, ces deux conditions sont necessaires, la destination & l'employ. Loüet. l. h. n. 21. & lors que le Jurisconsulte en la *l. interdum*, attribuë cette hypotheque privilegiée à celuy qui a fourni les deniers pour augmenter ou réparer la chose, bien qu'il n'ait stipulé aucun employ de ses deniers, ce n'est que dans ces cas particuliers où l'hypotheque tacite & privilegiée est donnée en faveur de celuy *qui salvam fecit pignoris causam*, & qui par consequent a fait le profit de tous les creanciers, mais l'hypotheque tacite & sans stipulation n'est jamais accordée à celuy des deniers duquel la chose a esté achetée. Loyseau des Off. l. 3. c. 8. n. 31.

L'hypotheque tacite & sans stipulation, n'est pas accordée à celuy qui a fourny les deniers pour l'achat.

Nous trouvons encore un exemple d'une hypotheque tacite en faveur du pupille sur la chose achetée de son argent, c'est en la *l. idemque. D. qui pot. in pign. hab. idemque est si ex nummis pupilli res fuerit comparata.*

Mais puis que pour acquerir une hypotheque privilegiée sur une chose achetée ou payée de ses deniers, il est necessaire de stipuler un employ, & qu'il en soit fait mention dans le Contrat, comment peut-on acquerir un privilege sur un office lors que les deniers sont payez au Roy, puis que dans les quittances l'on ne permet point d'employer ces déclarations? Comme les Loix ne prescrivent point des choses impossibles, lors qu'il se rencontre quelque obstacle insurmontable pour l'execution de ce qu'elles ordonnent, il suffit de l'accomplir par équipollence, & autant que la nature de l'acte le peut permettre; & c'est pourquoy il suffit au creancier pour aquerir un privilege pour les deniers qui entrent au coffre du Roy, que le debiteur reconnoisse devant Notaires que les deniers qu'il vient de payer, luy ont esté fournis par un tel creancier, & qu'il en fasse la déclaration d'employ, suivant les clauses du Contrat qu'il avoit fait avec luy.

La stipulatiō est necessaire dans le Contrat de l'employ des deploy des deniers, pour avoir hypotheque.

La mesme difficulté se rencontre pour les deniers que l'on bailleroit pour l'entrée d'une fille en Religion, car les Superieurs

res refusans d'en bailler quittance, il semble impossible de pouvoir succeder & d'estre subrogé à la legitime & aux droits successifs de la fille, puisque l'on ne pourroit justifier aucun employ : il en faudroit user en cette rencontre comme pour les Offices, & passer une déclaration devant Notaires dans le mesme temps de la Profession ; mais il y a cette difference que par les quittances des deniers pour un Office il paroist qu'il a esté payé de l'argent, mais les Superieures ne baillans aucunes quittances, on peut toûjours revoquer en doute s'il en a esté payé & en quelle quantité, & par ce moyen n'estant pas au pouvoir du debiteur de donner ou de consentir un privilege, sa déclaration seule ne paroistroit pas suffisante. On le jugea neanmoins en plus forts termes en cette espece : Le sieur de la Riviere Missi, ayant besoin de deux mille écus pour l'entrée de l'une de ses filles en Religion, & pour quelques autres affaires, écrivit à Antenor Huë Ecuyer, sieur de Luc son parent, pour le prier de le cautionner ; ce que le sieur de Luc ayant fait, le sieur de Missi par une seconde Lettre le remercia du bon office qu'il luy avoit rendu, l'asseurant qu'il luy estoit redevable de l'établissement de sa fille.

Le sieur de Missi estant poursuivi pour reconnoître ses Lettres, il déclara qu'elles estoient de son fait & qu'elles estoient veritables en tout leur contenu. Aprés sa mort, Catherine & Marie de la Riviere ses filles, ayant renoncé à sa succession & demandé leur tiers Coûtumier, le sieur de Luc soûtint que la portion que leur sœur Religieuse auroit euë dans le tiers Coûtumier devoit ceder à son profit jusques à la concurrence de la somme de 5000 livres qu'il avoit payée pour son entrée en Religion, & pour la preuve de ce fait il rapportoit les Lettres de leur pere, & mesme il offroit prouver que leur pere avoit payé cette somme, & qu'il l'avoit reconnu plusieurs fois ; & pour en avoir plus de lumiere, ayant fait oüir sur articles l'une desdites filles, elle reconnut que lors de la Profession de sa sœur, les Religieuses luy mirent dans son tablier quelques sacs d'argent qu'elle porta au lieu qu'on luy ordonna de les porter : sur ces considerations on donna Sentence au Bailliage de Caën, par laquelle on ajugea seulement au Sieur de Luc la somme de 3000 l. dont les Damoiselles de Missi ayant appellé, elles pretendoient

que le sieur de Luc ne pouvoit demander la part de leur sœur Religieuse, puisqu'il ne justifioit point qu'il eust presté aucuns deniers pour l'entrée de leur sœur en Religion, que pour acquerir un privilege il faloit déclarer que les deniers eussent esté pris pour ce sujet-là, & que l'employ en fût justifié; qu'au fait dont il s'agissoit il n'y avoit ny déclaration, ny employ, ny aucune cession ou subrogation aux droits de cette Religieuse pour entrer en sa place, ce qui estoit absolument necessaire, que ce n'étoit pas mesme l'ordinaire de prendre une si grosse somme pour la Profession d'une fille. Le sieur de Luc répondoit que l'on ne pouvoit desavoüer que le sieur de Missi n'ait eu besoin d'argent pour la Profession de sa fille, qu'il n'en ait emprunté pour cét effet, & qu'il ne les y ait employez, puisqu'il l'a reconnu si expressement par ses Lettres, & que les Appellantes ont mesme reconnu par leurs interrogatoires, qu'il y avoit eu de l'argent payé lors de la Profession.

On ne pouvoit donc douter de la destination & de l'employ de ces deniers; que si l'on ne representoit pas une acte qui continst cette déclaration, c'est qu'il étoit impossible d'en avoir un; car il n'est pas de mesme d'un argent pris pour la Profession d'une Religieuse comme pour l'achat d'une terre; celuy qui l'emprunte n'a garde de promettre d'en faire un employ, & de s'obliger d'en faire une déclaration; parce qu'il ne pourroit justifier l'employ qu'il en auroit fait; les Superieures qui reçoivent l'argent n'en donnant point de quittance. Cette cause ayant esté plaidée par Maunoury, & Greard pour les Appellantes, & par moy pour le sieur de Luc, elle fut appointée au Conseil; & par Arrest du 4 d'Aoust 1678. au Rapport de Monsieur de Touvens, la Sentence fut confirmée: L'on avoit traité plusieurs autres questions au procez, mais l'Arrest fut fondé sur les Lettres du pere, sur la reconnoissance de l'une des filles; & que les Religieuses ne donnant point de quittances, la déclaration portée par les Lettres étoit suffisante, & qu'il ne falloit point d'autre subrogation.

Les Superieures de Convent ne donnent point de quittance de l'argent pour reception de Religieuse.

Au procez d'entre Me Georges le Jaulne Avocat, Apelant du Bailly de Roüen, & Madeleine Pluin, & Me David Dumont Procureur en la Cour intimez, il y eut beaucoup de difficulté pour sçavoir si une déclaration d'employ avoit été suffisamment

faite. Le fait estoit que Susanne Hapedé se rendit Adjudicataire le 16 Juillet 1660. de deux maisons ayant apartenu à Jeremie Moisson, & il estoit dû sur ces deux maisons deux mille livres d'amendement de lotie à Nicolas Moisson frere du decreté, le prix de l'adjudication au profit commun estoit de 9520 liv. & 1000 liv. au profit particulier; Nicolas Moisson voulant retirer ces deux maisons à droit de sang par Contrat passé devant Notaires le 31 Juillet 1660. emprunta 9000 liv. du sieur le Jaulne, & déclara prendre ces deniers pour employer au retrait de ces deux maisons, & s'obligea d'en faire déclaration aux fins d'un privilege special sur lesdites maisons, & le mesme jour à l'ouverture de l'ordre, Niçolas Moisson se presenta & déclara qu'il entendoit retirer à droit de sang l'adjudication, & que pour cét effet, il representoit sur le Bureau un sac dans lequel estoit le prix des encheres, & que de ces deniers il y en avoit 9000 liv, provenans du Sieur le Jaulne, suivant le Contrat de constitution qu'il en avoit passé le mesme jour, & que le surplus des deniers luy apartenoient, dont on luy accorda Acte, & à ce moyen l'on ordonna qu'il rembourseroit à lad. Hapedé Adjudicataire la somme de 2000 liv. qu'elle avoit consignez & 750 liv. pour les trois quarts de son enchere au profit particulier. Depuis ledit Moisson ayant representé une Quittance de ladite Hapedé, & un Recepissé de garnissement du Receveur des Consignations, il avoit esté envoyé en possession: Ce qui faisoit la difficulté du Procez estoit que Moisson n'avoit point mis cette Quittance & ce Recepissé entre les mains du Jaulne, & que dans l'Acte d'envoy en possession il n'estoit point fait mention que dans la Quittance & dans le Recepissé il fût énoncé que les deniers provenoient du Sieur le Jaulne, & sur ce pretexte le Jaulne fut évincé de son privilege. Sur l'apel de cette Sentence il soûtenoit que son privilege estoit incontestable suivant les Loix du Digeste & du Code; que Moisson avoit pris son argent pour l'employer au retrait qu'il pretendoit faire de ces deux maisons, qu'il l'avoit declaré par l'Acte qui luy accordoit le retrait, & qu'on luy avoit accordé Acte de l'exhibition de ses deniers. Cette déclaration ayant esté passée en la presence du Juge, de l'Adjudicataire & de tous les Creanciers, & ensuite le remboursement ayant esté fait à ladite Hapedé de 2750 liv. & le surplus

ayant esté consigné au Greffe des Consignations, l'on ne pouvoit pas douter que cela ne se fût fait des deniers dudit Sieur le Jaulne, & il n'étoit plus necessaire que de repeter la déclaration, puis que le payement & le garnissement qui avoient esté faits, & l'envoy en possession du 13 Aoust n'étoient que l'execution de l'Acte du 31 Juillet qui accordoit Acte de l'exhibition des deniers & de la déclaration passée par Moisson, que ledit Moisson par intelligence avec les Intimez ses parens ne luy vouloit pas bailler, & la Quittance & le Recepissé de la consignation; mais par un Extrait du Registre, il paroissoit que Moisson avoit déclaré que les deniers provenoient du sieur le Jaulne. Les Intimez répondoient qu'il ne suffisoit pas de cette premiere déclaration passée le 31 Juillet, qu'elle devoit estre réïterée dans l'Acte d'envoy en possession, parce que c'estoit en vertu de cet Acte que Moisson devenoit proprietaire; c'estoit donc alors qu'il falloit réïterer la déclaration pour acquerir le privilege, ou en tout cas il falloit l'employer dans la Quittance & dans le Recepissé du Receveur des Consignations; mais ne representant ni la Quittance ni le Recepissé, l'on peut presumer que le payement n'a point esté fait de ses deniers. Sur cette question il y eut des avis differens; quelques-uns estimoient que cette déclaration contenuë dans l'Acte du 31 Juillet n'estoit pas suffisante; que si dans l'intervalle de cét Acte & de celuy du 13 Aoust, Moisson avoit pris de l'argent d'un autre, & qu'il eust declaré que les deniers provenoient de luy lors de la consignation, & de l'envoy en possession, il auroit esté preferable au Sr le Jaulne, parce que c'est le payement qui acquiert la proprieté, & la premiere déclaration seroit d'encourir nulle faute d'execution. Les autres Juges en plus grand nombre furent d'avis que c'estoit assez que la déclaration eust esté passée à l'ouverture de l'ordre, & qu'en consequence l'Adjudicataire eust esté rembourssé de ce qui luy estoit dû, & que le surplus eust esté consigné; que ces deux Actes ne pouvoient passer que pour un seul Acte, le dernier n'estant que l'execution du premier. Il est vray que si Moisson avoit passé une déclaration contraire en faveur du tiers par la Quittance & par le Recepissé, elle l'emporteroit sur la premiere; mais ne se presentant point d'autres creanciers, l'on ne pouvoit douter que le payement & la consignation

n'eussent esté faits conformément à la déclaration sur laquelle l'on avoit adjugé à Moisson l'effet de sa clameur. Par Arrest en la seconde Chambre des Enquestes du 18 Aoust mil six cens quatre-vingt-quatre, au Raport de Monsieur Voisin de S. Paul, l'on cassa la Sentence, & le Jaulne fut porté en privilege de sa dette.

Un debiteur ne peut donner de privilege ni d'hypotheque au préjudice de ses autres creanciers.

Il est certain que le debiteur ne peut donner de privilege ni d'hypotheque au prejudice de ses autres creanciers. Duval avoit emprunté la somme de 1000 liv. pour acquerir une maison du sieur de Quintanadoine; mais sur une action en retrait lignager il s'accommoda avec le retrayant, moyennant 20 liv. de rente qu'il s'obligea de luy faire, à quoy il affecta cette maison, laquelle ayant esté decretée, Bertout creancier desdits 20 liv. pretendoit estre preferable au retrayant, qui ne pouvoit avoir aucun privilege à son préjudice, parce qu'il n'avoit point esté au pouvoir de Duval de luy en donner un; de sorte qu'estant anterieur il estoit preferable: le sieur de Quintanadoine retrayant soûtenoit que les 20 liv. de rente tenoient nature de rente fonciere, ayant esté creée pour le delais qu'il luy avoit fait de son droit de retrait, en vertu duquel il estoit devenu proprietaire de cette Maison, & sans laquelle rente l'acquereur eust esté dépossedé; le sieur de Quintanadoine ayant esté jugé preferable; Sur l'Apel de Bertout la Sentence fut cassée par Arrest du 11 de Decembre 1640. plaidans Caruë & Coquetel.

A l'égard du vendeur, le droit ne luy donnoit aucune hypotheque privilegiée pour le prix de la chose venduë. *Post traditionem & fidem habitam de pretio. l. quidam fundum. D. de in rem verso, l. procuratoris.* ℣. *planè. D. de tribus act.* & quoy que Justinien au ℣. *venditæ, de rerum divisione Inst.* ait dit que la chose venduë n'est pas censée appartenir à l'achteteur qu'il n'ait payé le prix; neanmoins il y apporte aprés cette exception, *sed si quis vendidit, & fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim emptoris rem fieri*; il avoit seulement avant la tradition un droit de retention *jure pignoris*, & on le jugeoit autrefois de la sorte au Parlement de Paris; suivant un Arrest rapporté par le Commentateur de M. Loüet l. h. n. 21. Me Julien Brodeau conclud que suivant cet Arrest & le sentiment de plusieurs Auteurs celuy qui

a vendu sa Terre à credit *sine præsenti pecunia* ne peut pretendre une preference sur icelle.

Quoy qu'il compte Mᵉ Charles Loiseau entre les Auteurs qui ont esté de cette opinion, des Offic. l. 3. c. 8. c. 40. il a neanmoins soûtenu le contraire, & il a posé comme un principe certain que le vendeur a un privilege personnel sur la chose qu'il a venduë pour le prix d'icelle, & que l'on ne doit point s'arrêter au ʒ. *planè l. procuratores. D. de tributó. act.* parce que c'est un cas particulier *in actione tributoria*, & dans son Traité du Déguerp. l. 3. c. 3. n. 6. il dit encore que nonobstant que par le Droit Romain le vendeur n'ait plus d'hypotheque privilegiée ni prélation aucune sur la chose s'il ne l'a stipulée, neanmoins Justinien par la Novelle 136. ayant donné aux Banquiers le privilege de tacite hypotheque & de prélation sur la chose venduë, on l'avoit estendu en France à toutes autres personnes: Aussi Brodeau nonobstant l'Arrest qui jugeoit le contraire, estime que cela seroit contraire à l'équité naturelle & à toutes les régles de Droit qui ne veulent point que la proprieté de la chose venduë passe en la main de l'acquereur ni que ses creanciers y puissent acquerir aucune hypotheque jusqu'à ce qu'il en ait payé le prix au vendeur, & il n'est pas malaisé de raporter la raison de la difference pourquoy celuy qui preste de l'argent en doit stipuler l'employ, & une déclaration pour acquerir un privilege, & pourquoy celuy qui vend n'a point besoin de stipuler un droit de prélation sur la chose venduë : au premier cas que le creancier ne peut avoir de privilege s'il ne paroît que la chose ait esté acquise de ses deniers, car il ne suffit pas qu'il les ait empruntez, il pouvoit arriver que son debiteur en feroit un autre usage & un autre employ ; mais pour la vente estant toûjours certaine que la chose procede du vendeur, il n'a point besoin de s'assurer par une stipulation ou de stipuler une prélation, il suffit que la chose ne puisse apartenir à l'acquereur *nisi soluto pretio*, & c'est pourquoy depuis le Parlement de Paris a fait prévaloir l'équité sur la subtilité du Droit, & celuy qui a vendu un heritage, quoy qu'il n'ait point stipulé de privilege, ne laisse point de l'avoir sur les deniers provenans du fonds qu'il a vendu.

Le vendeur d'un heritage a toûjours un privilege sur son fonds, jusqu'à ce qu'il soit payé.

L'on proposa neanmoins cette question comme douteuse aux Mercuriales du Parlement de Paris ; mais il fut répondu

que le vendeur a ſon privilege & hypotheque ſpeciale & indiviſible ſur l'immeuble qu'il a vendu à luy appartenant, encore qu'il ne l'ait pas expreſſement reſervé & ſtipulé par le Contrat: ainſi jugé le premier de Juillet 1660. le nommé Grenier s'eſtant rendu adjudicataire des heritages de Guillaume le Normand, moyennant 9000 liv. de Cuverville Tuteur de Prudence le Normand fille du decretté, retira à droit de ſang ſes heritages, & aprés le delais qui luy fut fait il ſubrogea Talbot à ſon droit, à condition de conſigner les 9000 liv. & de faire encore 100 liv. de rente à la Mineure: Talbot ayant eſté decretté ſes creanciers contredirent les 100 liv. de rente, diſant qu'elle ne pouvoit avoir ce privilege ſur les biens qu'elle avoit vendus à Talbot, & l'ayant fait juger de la ſorte, ſur l'appel de Cuverville la Sentence fut caſſée & ordonné qu'il ſeroit payé en privilege ſur leſdits heritages. Il faut preſumer que ſi la clauſe de l'hypotheque ſpeciale ne ſe rencontre pas dans le contrat, c'eſt plutoſt une omiſſion du Notaire qu'un defaut qui procede de la volonté des contractans étant de la nature de la vente que la choſe ne ſoit à l'acheteur qu'en payant, & la tradition eſt toûjours faite ſous cette condition tacite que le prix ſoit payé, cela ſe juge auſſi maintenant au Parlement de Toloſe.

Le fonds n'eſt point à l'acheteur qu'en payant quoy que le vendeur n'ait point ſtipulé au Contrat d'hypotheque.

Autre Arreſt pareil ſur ce fait: Un particulier aprés avoir retiré un heritage à droit de ſang, avoit cedé ſon droit à un autre à charge de luy payer 1200 liv. outre le prix du retrait, ce Contrat de ceſſion ne contenoit aucune ſtipulation que leſdits heritages demeureroient ſpecialement hypothequez à ladite ſomme de 1200 liv. ces heritages ayant été decretez le cedant s'oppoſa comme ayant une hypotheque privilegiée ſur iceux, n'eſtant paſſé en la poſſeſſion du decreté que par la ceſſion qu'il luy en avoit faite, & c'eſt pourquoy les creanciers ne pouvoient être colloquez à ſon prejudice: Les creanciers répondoient que ne s'eſtant reſervé aucune hypotheque ſpeciale il ne ſeroit cenſé creancier que du jour de ſon Contrat; ce qui ayant été jugé devant le premier Juge: Sur l'appel à la Cour, par Arreſt du 15 de Juillet 1660. la Sentence fut caſſée, & ordonné qu'il ſeroit colloqué privilegiément ſur l'heritage par luy cedé.

Il a eſté neanmoins jugé que le vendeur ne pouvoit eſtre payé au prejudice des frais du decret. Un heritage ayant été vendu

l'acheteur pour partie du prix se constitua en 70 livres de rente, mais depuis ayant esté decreté pour sa dette particuliere, & dans ce decret l'heritage qu'il avoit acquis ayant esté compris, il fut question de sçavoir si les frais du decret seroient payez au préjudice du principal & des arrérages des 70 livres de rente: Le creancier de la rente prétendoit estre privilegié sur le fonds qu'il avoit vendu qui ne pouvoit appartenir à l'acheteur qu'en payant le prix d'iceluy, que le decret étant fait pour la dette de l'acheteur, le vendeur ne devoit pas souffrir la perte de sa rente & de son fonds par les mauvaises procedures de cét acheteur: Le decretant disoit au contraire que le vendeur ayant constitué en rente le prix de la vente, *res transierat in creditum*, & il ne luy restoit plus qu'une simple hypotheque, de sorte que pour estre payé de sa rente il seroit forcé luy-mesme de decreter; or pouvant profiter du decret qui avoit esté fait, & estre payé de sa dette par le moyen des frais & des diligences que le decretant avoit faits, il étoit juste que ces frais fussent payez avant sa rente. Cette question ayant esté partagée en la Grand' Chambre, & départagée en la Chambre des Enquestes, par Arrest du 17 de May 1634. il fut jugé que les frais & dépens du decret seroient payez avant les arrérages desdites 70 livres de rente: Entre le nommé Ruaut, & Moutier poursuivant les criées des heritages de François Chevalier. Le vendeur devoit s'opposer aprés la saisie, & demander distraction de son fonds ou d'estre payé avant les frais du decret.

Cette question s'offrit en la Chambre de l'Edit le 13 de Janvier 1655. entre Me Alain de la Londe Appellant, & Claude le Noble Sr de Feugueré & Jacques Belat Intimez. Un particulier avoit acquis des heritages d'un nommé Toussin, & au lieu de payement il s'étoit chargé d'acquitter son vendeur de ce qu'il devoit ausdits sieurs le Noble & Belat, ce que n'ayant point fait, & cét heritage ayant esté saisi par de la Londe, lesdits sieurs le Noble & Belat ne s'opposerent point aux fins de distraire & souffrirent que le decret fut parachevé, mais lors de la discussion des deniers s'étant faits colloquer avant les frais du decret; de la Londe s'en porta Appellant, & de Cahaignes son Avocat remontra que les Intimez pouvoient demander la distraction ou obliger de la Londe à bailler caution de les faire

payer avant les frais du decret, ce qu'il auroit consenti, parce que l'heritage n'appartenoit au decreté qu'en payant les Intimez; mais au lieu de faire ces demandes ils avoient souffert la continuation & la perfection du decret: or ce que l'Appellant avoit fait estant profitable aux Intimez pour les faire payer, ils estoient obligez comme les autres creanciers de consentir qu'il eust ses frais en privilege. Pilastre pour les Intimez répondoit que Toussin n'avoit vendu son fonds qu'à condition de les payer, de sorte que l'acquereur n'avoit pû l'affecter à ses dettes à leur prejudice, & puis que l'Appellant eust esté obligé de les faire payer ou de bailler caution s'ils l'avoient demandée, le privilege leur devoit demeurer sur la chose: Par Arrest la Sentence fut cassée & les frais du decret adjugez en privilege audit de la Londe.

L'on ne doute pas qu'un coheritier pour la vente de ses droits successifs n'ait un privilege sur la part qui luy auroit apartenu encore qu'il ne l'ait point stipulé.

La femme ne peut pretendre comme un fonds dotal l'heritage que son mary acquiert, si le contrat ne le porte.

La femme ne pourroit pretendre comme un fonds dotal celuy qui auroit esté acquis par son mary, si le Contrat n'en contenoit point une déclaration expresse; la convention & stipulation d'employ, la déclaration du mary, & le consentement de la femme estant absolument necessaires pour mettre la femme en droit de pouvoir en revendiquer la proprieté.

Le vendeur peut reprendre la marchandise en essence, faute de payement.

Il faut parler du privilege que le vendeur peut avoir sur les meubles ou marchandises qu'il a venduës, & s'il doit estre payé en preference sur le prix de sa marchandise, ou s'il peut la reprendre lors qu'elle se trouve encore en essence? Le Droit Romain en la *l. procuratores. §. planè. D. de exercit. act.* faisoit cette distinction, si la marchandise avoit esté venduë à credit, le vendeur venoit en contribution avec tous les autres creanciers; que si au contraire il l'avoit venduë argent comptant, en ce cas, *quia res venditæ non aliàs desinunt esse meæ, quamvis vendidero, nisi ære soluto, vel aliàs satisfacto, dicendum erit me vindicare posse*; & dans la Loy *qui ea lege de pact. inter. empt.* celuy qui vend à terme *non habet rei vindicationem, sed actionem ex vendito, l. quod vendidi. D. de contrah. empt.*

Par l'Article 176. de la Coûtume de Paris, *celuy qui vend aucune chose mobiliaire sans jour & sans terme, peut sa chose poursuivre*

en quelque lieu qu'elle ſoit transportée pour eſtre payé du prix qu'il l'a venduë, & en l'Article ſuivant, *encore que le vendeur ait donné terme, ſi la choſe ſe trouve ſaiſie ſur le debiteur par un autre creancier, il peut empêcher la vente & eſt preferé aux autres creanciers.*

Suivant cette Coûtume, *ſoit que le vendeur ait donné terme ou qu'il n'en ait pas donné, il eſt toûjours preferable lors que la marchandiſe ſe trouve encore aux mains de l'acheteur.*

Il reſte encore cette difficulté, ſçavoir ſi lors qu'il n'a donné terme, & que la marchandiſe eſt en la ſaiſine & en la poſſeſſion d'un tiers, il peut la reclamer ou eſtre payé en privilege ſur les deniers de la vente ? Suivant le ſentiment de Brodeau en ſon Commentaire ſur Mr Loüet. l. P. n. 14. le vendeur ne la peut retirer des mains d'un acheteur de bonne foy, & c'eſt auſſi nôtre uſage. Un nommé Viel aprés avoir acheté à credit un grand nombre de poiſſon ſalé de divers Marchands de la Ville de Dieppe, il les revendit auſſi à credit à une Poiſſonniere de la Ville de Roüen, laquelle aprés avoir compté avec luy ſe trouva reliquataire d'une ſomme de mille livres, dont elle luy fit une cedule: Viel eſtant mal en ſes affaires vint à Roüen, & ſe promenant en cet habit ſur la Bourſe, il negocia cette cedule avec un Marchand nommé Mahiet ; les creanciers de Viel qui luy avoient vendu le poiſſon, ayant fait arreſt entre les mains de celle qui devoit la cedule, ils en demanderent la main-levée au prejudice de Mahiet, ces deniers provenans de leur marchandiſe, que le tranſport que Viel avoit fait de cette cedule eſtoit nul, parce qu'alors Viel ſon cedant, avoit fait banqueroute, & par conſequent tout ce que l'on avoit negocié avec luy depuis ſa faillite ne pouvoit valoir. Je répondois pour Mahiet que les creanciers n'avoient plus de privilege ſur ces deniers, ayant confié à Viel leur marchandiſe, laquelle non ſeulement n'eſtoit plus en eſſence, mais meſme les deniers qui en provenoient n'appartenoient plus à Viel, de ſorte qu'ils ne pouvoient plus eſtre ſaiſis & arreſtez par ſes creanciers, & pour la banqueroute elle n'eſtoit point connuë, Viel eſtant venu ſur la Place l'on avoit traité avec luy comme avec un Marchand, ne paroiſſant aucun deſordre en ſes affaires, ce qui ſuffit ; car quand un Marchand s'abſenteroit une heure aprés, pourvû qu'il paruſt ſur la Bourſe

& qu'il y negotiast, ceux qui traiteroient avec luy sur cette bonne foy ne pourroient estre recherchez. Par Arrest en la Chambre de l'Edit du 2 de Juin 1655. la Cour donna mainlevée à Mahiet de la saisie faite par les creanciers de Viel. Heroüet plaidoit pour les creanciers. Monthelon Arrest 51. *l. creditor. D. de fidejuss.* Par l'ordonnance pour le commerce ce qui est fait par un Marchand la veille de sa banqueroute est nul.

Nullité de ce qui est fait la veille de la banqueroute.

Pour conserver au vendeur un privilege sur la chose qu'il a venduë, il faut non seulement qu'il la trouve en essence, mais aussi qu'elle n'ait point changé de nature; *Nam si mutata est forma rei, tunc cessat privilegium & jus pignoris extinguitur*, parce que ce n'est pas la mesme chose, *licet materia maneat, eadem forma tamen & qualitas non est eadem; forma autem dat esse rei. l. si convenerit. ℥. si quis caverit. D. de pign. act. Molin. Cons. 13. n. 1. & sequ.* Loüet. l. p. n. 19. Mais il y a souvent de la difficulté pour sçavoir en quel cas l'on peut dire qu'une chose a changé de nature. Nous en avons des exemples en Droit où les décisions paroissent contraires; Le Jurisconsulte *Paulus* resoud en la *l. si quis convenerit. 18. ℥. si quis caverit. D. de pign. act.* que *si quis convenerit ut sylva pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori*, & il en rend cette raison, que *aliud est materia, aliud navis*, & que dans l'engagement la Forest estoit seulement comprise, & non pas les Navires & les bâtimens qui auroient esté construits des bois de cette forest; & que pour acquerir & estendre l'hypotheque sur les choses qui seroient façonnées des bois de cette forest, il auroit fallu ajouster expressement cette clause dans la convention, *quæque ex sylva facta natave sint*, il en est de mesme de la laine dont on auroit fait un habit, ou d'une table de marbre dont on auroit fait une statuë.

Le bois de la forest dont on fait un Navire ou une maison, n'est plus en essence.

Si pareillement un Marchand saisit la farine qui provenoit du bled qu'il avoit vendu, il semble, dit Brodeau sur Monsieur Loüet, l. P. n. 19. que le privilege cesse & n'estant plus le mesme gage, *jus pignoris extinctum est*; au contraire il est decidé en la *l. si fundus. ℥. si res. D. de pign. & hypoth.* que si d'une maison que l'on avoit engagée l'on en fait un Jardin, l'hypotheque demeure & continuë, *si res hypothecæ data; postea mutata fuerit æque hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecæ & horto facta; idem si de loco convenit & domus facta sit; idem*

Si d'une maison on fait un jardin l'hypotheque demeure.

de loco dato, & vineis in eo positis. Sur cette matiere les Interpré-tes du Droit ont fait plusieurs distinctions ; ils ont dit que *quando materia transit in materiatum, tunc prima illa materia desinit esse & extinguitur, & incipit esse alia species, & ideo hypotheca quæ erat in prima materia extinguitur.* Et il apotte l'exemple d'une forest dont le bois a esté employé en la construction d'un Navire. Ils font encore cét autre distinction que *quando res obligata transit in aliam formam reducibilem ad primam materiam non extinguitur hypotheca, secus sinon sit reducibilis. Neguz. 1. memb. 2. part. n. 26.*

Monsieur Cujas en son Commentaire sur cette Loy, *si convenerit ad Edictum Pauli. l. 29.* pour concilier ces Loix, dit qu'il y a plusieurs genres de mutation ; *mutatio quæ parit novam speciem, & priorem perimit quæ pignori nexa erat*, & il est sans difficulté que cette sorte de mutation esteint entierement & l'hypotheque & le privilege, & en ce rang il met le Navire qui a esté basty du bois de la Forest qui a esté engagé, & la laine dont on a fait un habit ; mais il y a une mutation qui ne détruit pas la premiere espece, & qui au contraire ou elle l'augmente, comme lors que sur une place vuide on fait une maison, où l'on plante une vigne ou un verger ; ou bien elle la diminuë, comme lors que d'une maison l'on en fait un jardin ; ou bien si on abbat la maison, & que de la place l'on en fasse une, courr, *hæc mutatio pignus non perimit, quia nec res quæ pignerata est, ejusve rei portio maxima perimitur. L. Paulus & dicta. l. si fundus. ℞. res. D. de pignor.* Ce que Monsieur Cujas confirme par l'exemple des legs contenus dans un Testament, car si de la laine qu'un testateur donnoit par son Testament il en avoit fait depuis un habit, le legataire ne pourroit demander cet habit. *l. Lana de leg. 3.* si le legataire ne prouvoit que le testateur nonobstant ce changement avoit perseveré dans la mesme volonté. *l. servum. §. si pocula de leg. 1.*

L'espece hypothequée peut donc changer en deux manieres, *una quæ fit ex non subjecto in subjectum*, comme lors que du bois d'une forest on en bastit des Navires, car on fait un Navire d'une matiere qui n'étoit pas auparavant un Navire, *altera quæ fit ex subjecto in subjectum*, comme lors que d'une maison on en fait un Jardin ou une court : L'on y peut adjoûter une troisiéme espece

Par la mutation entiere de la chose, l'hipotheque, le legs & l'usufruit perissent.

de mutation, *quæ fit ex subjecto in non subjectum, ut si navis dissolvatur tota, quæ omnium summa mutatio est*, parce que la chose est entierement esteinte, *mors est interitusque subjecti*, & alors les hypotheques, les legs, l'usufruit perissent entierement.

Ces questions se sont souvent presentées pour des cuirs, qui estoient dans les tanneries pour les apprester, & qui ne se pouvoient plus connoître par ceux qui les avoient vendus ; & pour des laines dont on avoit fait des draps, & par plusieurs Arrests ceux qui avoient vendu leurs cuirs à credit ont esté jugez preferables en payant les meliorations, c'est à dire ce qu'il avoit coûté pour les apprester. La mesme chose a esté souvent jugée pour des sucres : le sieur Haquet & plusieurs autres Marchands de Roüen avoient vendu à Die Nunnes Portugais, des castonades dont il avoit fait des sucres : Nunnes ayant fait faillite, ses sucres furent saisis par plusieurs Marchands, qui demandoient à verifier qu'ils avoient esté rafinez de leurs marchandises. Les creanciers hypothecaires s'y opposoient, alleguans en leur faveur plusieurs dispositions du Titre *de acquirendo rer. Domin.* aux Inst. & *de rei vind.* au Digest. & principalement au §. 27. *de rerum divis. & acq. ear. Domin.* aux Institut. où l'Empereur dit, que *post multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit melior sententia existimantium, si ea species ad priorem & rudem materiem reduci possit, eum videri Dominum esse qui materiæ Dominus fuerit, si non possit reduci eum potius intelligi Dominum qui fecerit.* D'où ils concluoient que ces sucres ne pouvant plus estre reduits à leur premiere nature de Castonades & de Barboudes, & ne pouvant pas mesme estre remarqué s'ils provenoient des Barboudes venduës par le sieur Hacquet & ses Consorts, ils estoient mal fondez en la preference qu'ils demandoient. Je remontray au contraire, que ce n'estoit pas le veritable sens des Loix que l'on avoit citées, & qu'il faloit distinguer entre la proprieté & la seigneurie d'une chose & l'hypotheque & le privilege des creanciers : Que dans ces Loix il s'agissoit de la proprieté de certaines choses qui estoient composées de matieres appartenantes à deux divers maistres, & alors comme la chose ne pouvoit plus estre possedée *in solidum* par deux divers proprietaires, pour conserver l'interest des uns & des autres, on avoit fait les distinctions rapportées dans le titre *de rer. divis.* & lors que les matieres se

pouvoient separer, chacun reprenoit ce qui luy appartenoit; que si elles ne pouvoient pas estre réduites à leur premier estat, alors comme la forme est plus noble que la matiere, on donnoit la chose à celuy qui l'avoit travaillée; mais en ce cas, il estoit tenu de rembourser la valeur de la matiere, *nam extinctæ res licet vindicari non poßint, condici tamen facilè & ab aliis quibuscumque possessoribus possunt:* il en faloit dire la mesme chose en cette cause, il estoit vray que les sucres appartenoient à Nunnes qui les avoit rafinez, mais cela n'empeschoit pas que ceux qui luy avoient baillé la matiere dont ils estoient composez ne pussent reclamer leurs marchandises, ou avoir un privilege sur icelles, parce que suivant la distinction de Monsieur Cujas, ce changement qui se trouvoit en la matiere ne l'avoit pas détruite, *novam speciem non pepererat nec pignus peremerat:* cette mutation avoit seulement augmenté la chose, comme si l'on avoit basty une Maison sur une place vuide, & qui n'esteignoit point l'hypotheque ny le privilege. Ce qui fut jugé le 31 de Janvier 1663. conformément aux Arrests qui avoient esté rendus pour les cuirs & pour les laines, & sans s'arrester à ces subtiles distinctions, *an forma rei mutata sit vel non?* on a suivy l'équité en conservant le droit de celuy qui avoit fourny la matiere, sauf à déduire les meliorations sur lesquelles les creanciers sont colloquez suivant l'ordre de leurs hypotheques. Voyez les Arrests rapportez par Berault sur l'Article 593. Par Arrest du Parlement de Paris, il a esté jugé que celuy qui avoit livré la semence pour semer, estoit preferable sur le bled qui en estoit provenu à celuy qui avoit baillé l'heritage à ferme.

Les barboudes & castonnades, quoy que réduites en sucre, sont reclamables.

Celuy qui a baillé la semence d'une terre est preferé au proprietaire du fonds.

Autre Arrest pareil en l'Audience de la Grand'Chambre du 19 de Novembre 1669. Chedeville Mercier Grossier à Roüen avoit vendu des draps à credit, dont l'acheteur avoit fait faire un lit & des chaises, les meubles de cet acheteur ayant esté saisis par ses creanciers, il demanda la preference sur les deniers de la vente du lit & des chaises comme estant faits du drap qu'il avoit vendu: Ce qui luy fut contredit par les autres creanciers qui soûtenoient que son privilege avoit cessé par le changement de la forme. Messieurs des Requestes du Palais ayant debouté Chedeville de son privilege, sur son appel la Cour en réformant la Sentence, ordonna qu'il seroit payé en privilege sur les

Le Marchand de drap pour habit, lit, ou ou autre chose, est preferé, quoy que mis en œuvre.

deniers provenans de la vente du lit & des chaises, en deduisant neanmoins la plus valeur des franges & des bois.

On a pareillement agité cette question, si le Maréchal pour les ferrures qu'il avoit fournies tant aux Chevaux qu'aux Charettes d'un Laboureur pouvoit avoir un privilege au préjudice d'un Proprietaire qui avoit saisi les levées étans sur son fonds. De Cahaignes pour le Maréchal disoit qu'en plusieurs cas le Proprietaire n'étoit pas toûjours preferable, *is enim qui ad rem reficiendam vel conservandam pecuniam crediderat potior est. l. interdum. ff. qui potiores in Pign. haben.* qu'un Maréchal étoit de cette condition puisqu'il avoit fourni des ferrures necessaires pour cultiver la terre. Baudri répondoit pour le Proprietaire que cette prétention étoit nouvelle, & qu'il seroit d'une consequence perilleuse de donner ce moyen aux fermiers de tromper leurs maîtres en supposant plusieurs dettes privilegiées, qu'il avoit mesme esté jugé que celuy qui avoit vendu des chevaux à credit, n'avoit pas privilege sur les levées de la ferme, & que ce Maréchal ne la prétendoit pas sur les chevaux, mais sur les levées, par Arrest du 7 de Juillet 1651. on confirma la Sentence qui avoit debouté le Maréchal de son privilege. De la Lande sur l'Article 445. de la Coûtume d'Orleans, dit que les serviteurs & servantes de metairies, les Charons, les Bourreliers & Maréchaux, qui ont travaillé de leur art pour le Laboureur pendant l'année, ont aussi prétendu devoir estre payez par preference au Proprietaire sur les deniers provenans de la vente des grains & bestiaux, & que cela avoit esté jugé fort diversement, mais qu'au jourd'huy que les seuls serviteurs de labours sont preferables pour les services rendus pendant l'année. Ce qui doit estre aussi gardé pour ceux qui ont fait la recolte des bleds & la vendange.

Les Serviteurs des labours & vendanges sont preferez pour l'année de leurs gages.

La Jurisprudence de ce Parlement est beaucoup plus favorable aux Proprietaires que celle du Parlement de Paris. Me Loüet en son Recueil, & Tronçon sur la Coûtume de Paris, rapportent des Arrests, par lesquels sur la concurrence de deux creanciers privilegiez, sçavoir d'un Proprietaire pour les loyers de sa maison, & d'un Marchand de vins qui avoit vendu du vin *fide habitâ de pretio*, bien que ce vin se trouvast saisi en la maison loüée, la preference fut ajugée au Marchand au préjudice du

Proprietaire : Il eſt vray que Tronçon adjoûta que c'eſt conformément à l'Article 77. de la Coûtume de Paris, qui contient qu'encore que le Marchand euſt donné terme, ſi la choſe ſe trouve ſaiſie ſur le debiteur par d'autres creanciers il peut en empêcher la vente, & eſt preferé ſur la choſe.

On a jugé le contraire en ce Parlement entre des Marchands de Vins de la Ville de Mantes pour leſquels je plaidois, & le ſieur le Noble Medecin plaidant par le Févre : ces Marchands ayant fait ſaiſir le vin qu'ils avoient vendu à un Cabaretier, le ſieur le Noble proprietaire de la maiſon où le vin avoit eſté ſaiſi demanda d'eſtre preferé pour ſes loyers. Je repreſentay pour les Marchands que trouvant le vin en eſſence en la ſaiſine de leur debiteur, il n'eſtoit reputé appartenir à ce proprietaire qu'aprés en avoir payé le prix, le vendeur pouvant toûjours reclamer ſa marchandiſe lors qu'il la trouve en eſſence entre les mains de l'acheteur, & que le privilege *in invecta & illata*, ne pouvoit s'étendre que ſur les biens qui appartenoient au locataire, neanmoins par Arreſt du 16 de May 1664. la preference fut adjugée au Sieur le Noble. Les Marchands avoient veritablement vendu leur vin argent comptant, mais en recevant une partie de leur argent, ils avoient pris une obligation pour le reſte, & *ſic fidem habuerant de pretio.*

Cela a eſté jugé non ſeulement pour les loyers, mais auſſi pour le dédommagement qui eſt dû par le locataire : Arreſt en l'Audience de la Grand' Chambre du 18 de Janvier 1667. entre le nommé Verſon Boucher, proprietaire de l'Hoſtellerie du Chien Mâtin, dont il avoit fait Bail au nommé Baron, & le Plaſtrier Marchand de vins. De Leſpiney pour Verſon, ſoûtenoit que ſon locataire ayant fait faillite & s'eſtant abſenté le dédommagement qui luy eſtoit dû pour le reſte du Bail, devoit eſtre pris en privilege ſur les meubles eſtant dans la maiſon, parce que tout ce qui peut eſtre dû *ex locato conducto* avoit la meſme faveur, *non ſolùm pro penſionibus, ſed etiam ſi deteriorem habitationem fecerit culpâ ſuâ inquilinus, eo nomine ex locato, invecta & illata pignori erunt obligata. l. 2. in quib. cauſis pign. & Hypoth. tacitè contrah.* Le dédommagement eſtoit dû à cauſe de l'abandonnement que le locataire fait de la maiſon, *ſi deteriorem ſuâ culpâ facit obligationem*, que la banqueroûte n'empêchoit point le privilege, dautant

Hh

qu'en Normandie le cas de déconfiture & de concurrence n'a lieu que pour les cedules non reconnuës : que le Plastrier ne pouvoit pretendre aucune preference sur les vins qu'il avoit vendus : il suffit à l'égard du Proprietaire qu'ils se trouvent dans sa maison, parce qu'ils luy servent de gage & d'assurance. Theroude pour le Plastrier pretendoit qu'il y avoit eu de l'intelligence entre le Proprietaire & le Locataire, le Bail n'ayant esté reconnu qu'un jour ou deux avant la Banqueroute ; que le Proprietaire n'avoit privilege que pour les loyers & non pour le dédommagement, suivant un Arrest qu'il disoit avoir esté donné aux Enquestes au mois d'Aoust precedent : La Cour ordonna qu'il en seroit deliberé, mais la question avoit esté jugée par deux Arrests precedens : l'un du premier Septembre 1666. entre Jean le Picard opposant à l'ordre des deniers ayant appartenu à défunt Nicolas de Noyon, pour estre payé de 222 liv. suivant son obligation du 2 d'Octobre 1664. & Défendeur & renvoyé en la Cour par les Conseillers Commissaires, & François du Hamel Marchand Tanneur Demandeur, pour estre payé de 278 liv. par obligation reconnuë le 5 de Novembre 1664. d'autre part, & Mr Nicolas le Roy Avocat à la Cour Défendeur, & opposant pour estre payé sur la vente des meubles dudit de Noyon, trouvez en la maison qu'il tenoit à loyer dudit le Roy pour être payé des loyers de ladite maison : La Cour faisant droit sur le renvoy des Conseillers Commissaires, entant que les obligations desdits le Picard & du Hamel, a ordonné qu'ils seront payez en concurrence sur les deniers procedans de la vente des biens dudit de Noyon, & à l'égard dudit le Roy qu'il sera payé des loyers de la maison en question échûs au jour de S. Michel prochain, & depuis ledit jour de son dédommagement à raison de trois années l'une, si mieux n'aiment lesdits creanciers continuer le bail & en payer les loyers.

Autre Arrest pareil du 7 d'Aoust 1666. entre Auber & Bertout, Marchands de Vins demeurans à Meulan, Appellans du Bailly de Roüen d'une part, & Catherine le Febvre veuve de Pierre du Vieux, intimée & appellante d'autre part, & Claude Daubin, Nicolas Chrétien, & Thomas Scene, parties intervenantes.

Par Arrest en la Chambre de l'Edit, au Rapport de Monsieur

Damiens, il a esté jugé conformément au ꝰ. *solutum* de la *l. solutum. ff. de pign. actione*, que le sous-locataire ne pouvoit estre executé pour les loyers de la maison qu'à proportion de ce qu'il occupoit. Autre Arrest du 6 de Mars 1670. entre Dieul & le sieur Abbé de la Croix Appellant, & Moreau Intimé, le Fermier d'une masure seulement avoit loüé une grange au Fermier dudit sieur Abbé pour y mettre ses dismes, le Proprietaire prétendoit privilege sur lesdites dismes étant dans sa grange pour tous ses fermages, & l'ayant fait juger de la sorte, la Sentence fut cassée & le sieur Abbé condamné seulement de payer l'occupation de ladite grange.

Le sous-locataire ne peut estre executé qu'à proportion de ce qu'il occupe.

Quoy que les Collecteurs de la Taille eussent fait vendre les levées d'un fermier, neanmoins lesdites levées étans encore sur le fonds, le Proprietaire qui les fit saisir fut jugé preferable par Arrest du 24 de Février 1660. encore que le forgage en fust passé, & que les deniers eussent esté distribuez; plaidans Lyout & Heroüet.

Le Proprietaire pour le payement de ses loyers a une hypotheque tacite & privilegiée sur tout ce qu'il trouve dans sa maison, *ex tacita quadam conventione & privilegio. l. certi juris. Cod. locato l. 3. quib. mod. pig. tacitè contrah.* Nous ne suivons point la distinction que quelques Docteurs ont fondée sur les termes de la Loy, *in prædiis.* ꝰ. *ultim. de pignor. l. 165. sint :* sçavoir que cette hypotheque tacite & privilegiée ne s'acquiert *super invecta & illata* que pour ceux qui sont apportez pour y rester tant que le bail durera, *ut sint perpetuò quamdiu conductor manebit non temporis causâ, & sunt ea quæ cum conductor haberet alibi in destinato & constituto loco usus alicujus necessarii causâ transvexit in habitationem conductam, Donellus in cap. 4. de pig. & hyp.* car le proprietaire sans s'informer de l'intention du locataire a droit de saisir pour le payement de ses loyers, tout ce qu'il trouve en sa maison appartenant à son locataire.

Hypotheque tacite & privilegiée pour les loyers d'une maison.

Cette hypotheque tacite & privilegiée, *in bona invecta & illata* n'a pas lieu seulement pour les loyers, mais aussi pour les dégrademens & dommages commis par le locataire, *l. 2. in quib. caus. pign. tac. contrah. l. item quia ff. de pactis.* On étend mesme ce privilege en faveur du Proprietaire de Navire, *navis enim conducta æquiparatur urbano prædio*, de mesme à une boutique & à un magazin.

Le Proprietaire pour conserver son privilege & son hypotheque sur les meubles de son locataire, les doit saisir lors qu'ils sont encore en sa maison, autrement il n'a point d'action pour les revendiquer, parce que les meubles n'ont point de suite par hypotheque, ce qui ne s'observoit point par le Droit Romain, *ubi Salvianum interdictum seu actio Serviana competebat conductori pro invectis & illatis contra tertium possessorem leg. 1. cod. de Salvian. interd.* mais cette hypotheque tacite & privilegiée n'empêche point que le Locataire ne les puisse aliener lors qu'ils ne sont point saisis par le Proprietaire ; c'est le sentiment de Jason, qui a esté contredit par Neguzantius, membre 4. p. 2. n. 170. & par plusieurs autres Autheurs, parce qu'autrement, disent-ils, cette hypotheque tacite deviendroit vaine & illusoire : mais on répond que le Proprietaire peut empêcher cette dissipation de son gage par la saisie des meubles de son debiteur ; quoy que le Locataire puisse disposer de ses meubles avant qu'ils soient saisis par le Proprietaire, s'il les enleve & les transporte sans son consentement, il peut le faire condamner à les rétablir.

Le Proprietaire pour son privilege doit saisir les meubles resseans, autrement ils n'ont point de suite.

Le privilege du Proprietaire ne s'étend pas seulement sur les meubles, mais aussi sur les fruits que nous avons montré cy-devant luy estre tacitement affectez *in prædiis rusticis fructus qui tacitè ibi nascuntur tacitè intelliguntur pignori esse domino fundi qui locatus est, etiamsi nominatim non convenerit. l. 7. in quib. caus. pign. vel hypoth. com.* & cette hypotheque privilegiée sur les meubles & fruits estant sur la ferme, a lieu non seulement pour une année du fermage, mais pour tous les prix du bail quoy qu'il fust sous signature privée, Bartole sur la *L. locatum. §. solutum de pign. act.* a tenu que le Proprietaire peut retenir les meubles de son Locataire pour une autre dette que ses loyers, se fondant sur la Loy 1. *Cod. etiam ob chirog. pec.* Son opinion a esté combattuë par Jason, elle peut neanmoins estre vraye quant au droit de retention, mais en ce cas le Proprietaire n'a point d'hypotheque tacite & privilegiée, & il peut seulement arréter les meubles estant dans sa maison comme feroit un autre creancier. Le Droit Romain *quantum ad invecta & illata* faisoit difference *inter prædia urbana & rustica. l. potior. §. si colonus. qui potiores in pignore habeantur. Cuj. ad. l. si in legatis. §. si eod. ff. locati. & leg. eo jure in princip. ff. in quib. caus. Pign. & hypoth. tac. contrah.* Cette distinction est

L'hypotheque sur les meubles & sur les fruits est non seulement pour une année, mais pour tout le bail.

reprouvée par la Coûtume de Paris, Art. 171. Mais Ricard est d'avis que cette Coûtume ne doit point estre estenduë sur les maisons des champs, ce qu'il pretend avoir prouvé sur l'Article 287. de la Coûtume de Paris.

Ce privilege du Proprietaire n'a lieu que pour les meubles qui appartiennent au Locataire & non pour ceux qui ne sont point à luy, car comme le bien d'autruy ne peut estre hypothequé que par une convention expresse, il ne le peut estre pareillement par une convention tacite ; ainsi quoy qu'ils y eussent esté apportez du consentement de celuy à qui ils appartiennent, on ne peut en tirer cette consequence qu'il ait consenty qu'ils fussent affectez aux loyers de la maison : quoy que *Neguzantius Memb. 4. p. 2. n. 137.* & plusieurs Auteurs qu'il cite tiennent l'opinion contraire plus veritable & qu'*animus explicitus necessarius non videtur ad hunc effectum, nam sufficere videtur scientia & taciturnitas, quia non prohibendo ut prohibere poterat, præsentia & taciturnitas important consensum.* De la Lande sur l'Article 419. dit qu'on le pratique de la sorte en sa Coûtume ; mais il convient que par la disposition du Droit les meubles qui n'appartiennent point au Locataire ne sont point responsables des pensions & loyers. *l. Pomponius. §. 5. in quib. caus. pign. D.* & que c'est la doctrine commune des Interpretes du Droit & des Docteurs François, & que l'on en use de la sorte à Paris.

L'hypotheque n'est que sur les meubles du Locataire, & non d'autruy.

Non seulement celuy qui a vendu l'Office & celuy qui a prêté de l'argent pour l'acheter, ont privilege sur iceluy, mais aussi ceux qui sont creanciers pour faits d'Office & qui ont traité avec l'Officier *ex necessitate officii*, comme le consignataire sur l'Office de Receveur des Consignations, celuy qui a mis ses pieces au Greffe ou baillé son obligation à un Sergent a privilege sur les Offices de Greffier ou de Sergent : car ayant suivy la foy publique & ayant contracté avec l'Officier en tant qu'Officier, il est juste de leur accorder cette preference. *l. si ventri. §. in bonis. D. de privil. cred. potior est causa eorum qui fidem publicam secuti sunt.* Mais pour avoir ce privilege, il faut que celuy qui reçoit la consignation eust qualité pour le faire ; car s'il n'étoit pas une personne publique, preposée pour cét effet, la consignation faite en ses mains ne produiroit pas un privilege sur l'Office qu'il possederoit ; comme il fut jugé au Parle-

L'office est affecté au vendeur, & à celuy qui a prêté argent pour l'achat.

ment de Paris par Arrest raporté par Goujet des hyp. q. 12.

Ce fut une des questions proposées aux Mercuriales du Parlement de Paris, si les creanciers pour raison de l'exercice & fonction de l'Office seroient preferez sur ledit Office avant tous creanciers, mesme au vendeur dudit Office, si neanmoins c'étoit pour exercice & fonction dépendant dudit Office? & il fut répondu que les creanciers pour l'exercice & fonction d'un Officier, doivent estre preferez sur ledit Office à tous autres creanciers, mesme au vendeur d'iceluy, si toutefois les dettes sont pour exercice & fonction dépendant dudit Office, mais sur les autres biens de l'Officier, ils ne peuvent venir en ordre que comme les autres creanciers, sans qu'ils puissent faire remonter leurs hypotheques du jour de la reception audit Office. Ricard sur la Coûtume de Paris en ses Addit. au Tit. des Actions Personnes.

Les creanciers pour exercice d'Office sont preferez à tous autres.

Un Geolier ayant laissé évader des personnes emprisonnées pour dettes civiles, il fut condamné en son propre & privé nom à payer les sommes qui étoient dûës par ces fugitifs: Ses biens ayant esté saisis & vendus, l'on agita cette question, si ceux qui avoient fait emprisonner ceux qui s'étoient évadez viendroient en hypotheque du jour de l'Arrest qu'ils avoient obtenu contre le Geolier ou du jour qu'il avoit esté reçû à cét Office de Geolier? Et il y eut encore cét autre question entre ceux qui avoient fait emprisonner leurs debiteurs fugitifs, s'ils viendroient en datte de leurs écroües ou du jour de la Reception du Geolier? Par Arrest du Parlement de Paris, rapporté dans la Biblioth. du Droit François, l. h. & par Goujet des hyp. q. 12. il fut jugé que les creanciers ayant requis l'emprisonnement seroient mis en ordre du jour que le Geolier avoit presté le serment, & qu'entre lesd. creanciers les deniers leur seroient distribuez, non point suivant la datte de leurs écroües, mais concurremment au sol la livre, à raison de ce qui se trouveroit leur estre dû tant en principal, qu'interests & dépens.

On demande si le Roy pour les amendes ausquelles l'Officier a esté condamné pour fautes commises en la fonction de sa Charge, doit avoir privilege du jour que l'Officier est entré en exercice? On allegue pour l'affirmative la *l. 2. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* & la *l. 3. C. de jure fisc.* Par un an-

tien Arrest de l'année 1536. entre Monsieur le Procureur General, & plusieurs Marchands de Roüen opposans au decret des heritages d'Adrien du Puits, il fut dit que le Roy seroit preferé pour les amendes, auquel ledit du Puits avoit esté condamné pour avoir malversé en sa Charge de Lieutenant aux Eaux & Forests du jour qu'il avoit esté reçû, & non du jour de la condamnation, au préjudice des creanciers anterieurs desdites condamnations. Loyseau au contraire estime que le fisc n'est privilegié que pour les deniers de la Charge, & non pour les amendes ausquelles l'Officier a esté condamné pour quelque cause que ce soit. *In sortis enim quantitate fisci conditio potior est, sed in eo quod pœnæ nomine adjectum est propria forma servanda est. l. unica. C. pœnis fiscal. cred. antefer.* & c'est la maxime établie par la *l. in summa. C. de pœn. fisc.* Il me sembleroit juste d'accorder cette preference aux creanciers pour faits d'Office au préjudice desquels le Roy ne doit avoir ny preference ny concurrence, parce qu'ayant creé ces Offices, ce n'est pas volontairement que l'on contracte avec eux, *sed in necessitate officii*, & par consequent il est en quelque sorte garand de la malversation des Officiers; mais à l'égard des simples creanciers hypothecaires, les amendes procedans du fait de l'Officier & de sa faute personnelle, le Roy doit avoir privilege sur l'Office, mais non sur les autres biens, comme il fut jugé par cét ancien Arrest.

L'on agita cette question au Parlement de Paris, si les creanciers qui ont prêté leurs deniers pour l'achat d'un Office de Greffier, doivent estre preferez aux creanciers qui avoient consigné leurs deniers en ses mains? ceux qui avoient consigné leurs deniers disoient qu'ayant esté obligez de consigner leurs deniers entre les mains de ce Greffier, en vertu d'une Sentence des Requestes du Palais, étant devenu insolvable, il ne leur restoit d'autre seureté que sa Charge qui étoit leur gage special, étant l'interest public toûjours preferable à celuy des particuliers, d'autant plus que l'on n'étoit jamais entré dans la discussion de la solvabilité d'un Officier nommé par son Juge, parce que l'on ne contracte avec luy qu'involontairement, au lieu que ceux qui ont prêté leur argent à ce Greffier ont suivy sa foy, ayant dû sçavoir que l'Office répond des malversations: Ceux qui avoient presté leur argent pour l'achat de l'Office disoient

que leur privilege estoit fondé sur le Droit commun & sur les regles generales des hypotheques, il leur suffisoit de montrer que la recepte des Consignations ne faisoit point une partie essentielle de celle de Greffier, que cet Office ayant esté acquis de leurs deniers, ils en étoient les veritables proprietaires, & que l'Officier n'avoit pû par son propre fait nuire à leur privilege. Par Arrest rapporté dans la troisiéme Partie du Journal des Audiences. l. 5. c. 15. il fut dit que sur les deniers provenans de la vente de ladite Charge, les creanciers qui avoient presté leur argent pour l'achat d'icelle seroient payez par preference à tous autres creanciers, en justifiant l'employ & subrogation.

L'on jugea cette question au Rapport de Monsieur de Touvens, sçavoir si les Secretaires du Roy avoient un privilege pour leurs gages, sur l'Office de Receveur payeur de leur College, au préjudice de tous creanciers, mesme de ceux qui avoient donné de l'argent pour acheter d'eux cét Office avec subrogation à tous leurs droits?

Les Secretaires du Roy du College des cinquante-quatre acheterent les quatre Offices de Tresorier Payeur ancien des gages de leur College, & au lieu d'y commettre par commission, ils jugerent à propos de le revendre à Pierre le Semmelier, Secretaire du Roy de leur compagnie, & comme il n'avoit pas d'argent il emprunta 39000 liv. par trois Contrats, de Messire Jean du Tillet, President aux Requestes du Palais, Dame Elizabeth le Maréchal, veuve du sieur Longuet, & Dame Charlotte de la Tour. Lesdits Secretaires du Roy deputerent deux Syndics pour traiter avec ledit Semmelier, & ils le subrogerent à tous leurs droits, hypotheques & privileges.

Ledit le Semmelier étant tombé dans le desordre de ses affaires, lesdits sieurs du Tillet & lesdites Dames le Maréchal & de la Tour presenterent Requestes pour faire dire que lesdits Offices seroient vendus & qu'ils en emporteroient le prix au préjudice desdits sieurs Secretaires pour les gages qui leur étoient dûs par ledit le Semmelier: sur cette contestation la cause portée au Parlement de Paris fut évoquée & renvoyée en ce Parlement. Les creanciers qui avoient prêté leur argent audit le Semmelier representoient qu'ils étoient creanciers privilegiez

sur

sur ledit Office par la subrogation faite à leur profit; que leurs deniers avoient esté empruntez par le Semmelier pour les employer au payement du prix de ces Offices & qu'ensuite le Semmelier les ayant payez aux défendeurs ils avoient consenti une subrogarion à tous leurs droits & une hypotheque speciale & privilegiée sur ledit Office; aprés cela qu'il n'y avoit aucune justice que les prétendus debets dudit Office pûssent empescher ladite preference, que c'étoit une mauvaise foy aprés la subrogation consentie & l'argent desdits demandeurs reçû par chacun desdits Secretaires de leur contester leurs privileges, car quand ledit Semmelier a traité avec lesdits Secretaires il avoit fait l'affaire de la Communauté plûtost que la sienne, puisque l'utilité desdits Contrats avoit cedé également au profit de chacun desdits Secretaires; de sorte qu'ils devoient estre reputez l'avoir vendu non pas audit le Semmelier, qui n'étoit que leur preposé, mais ausdits demandeurs ausquels ayant cedé leurs droits, c'étoit en quelque façon leur en avoir transferé la proprieté puisqu'ils en étoient Proprietaires, enfin que la subrogation ayant esté faite par lesdits Secretaires sans aucune garantie que de leurs faits & promesses, les faits de cette stipulation suffisoient pour les rendre garands dans l'occurrence qui se presentoit où en laquelle ils prétendoient que ne s'étant pas fait payer de leurs gages sur le fond que le Semmelier recevoit annuellement, ils ne pouvoient avoir privilege sur l'Office.

Il est vray que les Charges des Officiers comptables sont privilegiément affectées au Roy quand lesdits Officiers luy doivent quelque chose de l'exercice de leurs Charges, mais quelle consequence lesdits Secretaires en pouvoient-ils tirer, puisque le Semmelier ne devoit rien au Roy? on convient mesme que ceux qui viennent au Droit du Roy ont le mesme privilege, mais l'on soûtient qu'ils ne sont plus au Droit du Roy, puisqu'ils l'ont cedé aux Demandeurs. Le premier Droit du Roy sur la Charge en question est celuy de la proprieté par la creation, mais ce Droit a passé au College des Secretaires par l'achat qu'ils en ont fait en commun de sa Majesté. Le second Droit du Roy est celuy de l'hypotheque privilegiée qui est demeuré à sa Majesté, nonobstant la vente qu'il a faite dudit Office, mais qui luy devient inutile ne luy étant rien dû. L'on veut

bien que les Secretaires ayent acquis du Roy ces deux Droits de proprieté & de privilege : quant à celuy de proprieté ils l'ont transmis audit le Semmelier par la vente qu'ils luy ont faite de lad. Charge, par laquelle il ne leur restoit plus aucun autre Droit que ladite hypotheque privilegiée qu'ils appellent debets. Or aprés leur vente audit le Semmelier, ils ont en recevant & partageant entr'eux l'argent des Demandeurs, declaré qu'ils les subrogeoient à tous leurs droits, & ils ont cedé aux Demandeurs le droit de leur hypotheque privilegiée pour leurs gages.

Au contraire lesdits Secretaires demeuroient d'accord qu'ils avoient vendu la Charge audit le Semmelier, & qu'ils ont reçû l'argent que les Demandeurs luy avoient prêté pour faire cette acquisition, mais de prétendre sous ce prétexte qu'ils ayent renoncé aux gages qui leur devoient estre payez dans la suite & au privilege qui leur appartenoit pour le payement de ce qui en devoit écheoir à l'avenir, c'étoit une prétention tout à fait injuste.

Ils ont subrogé les Demandeurs aux Droits qu'ils avoient à la proprieté de la Charge qu'ils avoient venduë, & il faloit bien qu'ils le fissent puisqu'ils recevoient le prix de leurs mains, mais ils n'ont pas pour cela détruit la qualité de cette Charge, qui étoit comptable de sa nature envers le Roy & ses Officiers : au contraire ils ne vendoient cette Charge que pour avoir un homme qui leur répondist de leurs gages & qui leur fist leurs droits bons, & il seroit bien étrange de vouloir persuader que par cette vente ils eussent renoncé à tout le fruit qu'ils en devoient attendre ; c'étoit aux Demandeurs à connoistre la nature du bien, pour l'acquisition duquel ils bailloient leurs deniers, ils devoïent sçavoir que les faits d'Office sont preferables à toute chose : si le Semmelier luy-mesme avoit fait un achat de ses propres deniers, il se rendoit ridicule de soûtenir que la Charge par luy achetée ne seroit point privilegiement affectée aux gages des Défendeurs, sous prétexte qu'ils la luy auroient venduë & qu'ils auroient reçû son argent : que les Demandeurs n'ont pas plus de droit que luy, au contraire ils en ont moins, car le Semmelier a la proprieté de sa Charge, & les Demandeurs n'ont qu'une simple hypotheque.

Faits d'Office preferables à toute chose.

Le sieur Baudoüin ancien payeur des gages des Secretaires

du Roy étoit aussi partie en cause. La Cour faisant droit sur le renvoy, Requeste & conclusions des Parties, ordonna que de la somme de 28000 livres consignées pour le prix du remboursement desdits Offices, il en seroit payé 840 liv. au sieur Polaillon, & le surplus audit du Sr Tillet, & ausdites Dames le Maréchal & de la Tour, à déduire sur ce qui leur estoit dû tant en principal qu'arrierages, & ce par privilege & preference ausdits Secretaires, sauf audit sieur du Tillet & Consors à se pourvoir pour ce qui leur étoit encore dû sur les autres biens dudit le Semmelier.

Ce n'est pas assez de sçavoir que l'hypotheque privilegiée l'emporte sur la simple hypotheque, il est encore important d'éclaircir cette difficulté qui s'offre souvent : Si de deux obligations privilegiées, la premiere en datte est preferable ou si l'on doit les faire concurrer.

De deux Obligations privilegiées si la premiere en datte est preferable.

Cette question n'est pas nouvelle au Palais, elle fut décidée par un Arrest solemnel du 28 Juin 1668. au profit de Maistre Guillaume Morin, Receveur des Consignations à Roüen. Il avoit presté la somme de 5500. liv. à Deslandes, pour être employées à l'achat d'une Charge d'Huissier aux Requestes du Palais : Deslandes avoit fait les déclarations necessaires pour acquerir un privilege audit sieur Morin ; mais depuis il emprunta encore de l'argent de Monsieur des Hommets Conseiller en la Cour, à la caution de Maistre Pierre Benard, pour être aussi employé à l'achat de ce mesme Office, & lors dudit payement ledit Deslandes avoit encore fait les déclarations necessaires ; sur la discussion des deniers de cet Office, Benard voulut estre colloqué en concurrence avec ledit Morin, sa dette ayant la mesme faveur & le mesme privilege : D'ailleurs il prétendoit qu'il y avoit de la fraude de la part dudit Morin : au contraire Morin soûtenoit qu'ayant un double privilege du temps & de la cause, il devoit estre preferé.

La question generale fut amplement traittée par les écrits du procez, & par l'Arrest la preference fut adjugée audit Morin.

Cette décision établie par l'Arrest de Morin n'est pas singuliere en Normandie : La mesme chose avoit esté jugée au Parlement de Bretagne dans une Cause évoquée de ce Parlement, & pour des personnes de Normandie. Le sieur de Bollefosse avoit

pris de l'argent en rente du sieur de la Motte Papavoine avec déclaration que c'étoit pour payer la dot de la Dame sa fille qu'il avoit mariée au sieur du Moulin Chapel, depuis le sieur de Bellefosse se constitua encore en rente pour le mesme sujet. Ses biens ayant esté saisis réellement, le sieur de la Motte soûtint aux Requestes du Palais de Roüen qu'ayant un double privilege du temps & de la cause il devoit estre preferé, quoy que leurs Contrats eussent le mesme principe & la mesme faveur. Messieurs des Requestes ayans jugé la concurrence, sur l'Appel du sieur Papavoine la cause ayant esté évoquée & renvoyée au Parlement de Rennes, par Arrest du 3 de Janvier 1667. la Sentence fut cassée & la preference ajugée audit sieur de la Motte.

La mesme question s'offrit encore en l'Audience de la Cour sur ce fait: Le nommé Martin se constitua en 50 livres de rente envers Pierre Gervais Escuyer, sieur de la Fossardiere, à la charge d'employer les deniers au payement d'une terre dont il s'étoit rendu adjudicataire, & d'en faire la déclaration lors de la consignation. Le lendemain ledit Martin se constitua encore en cent livres de rente envers les Religieux Penitens de S. Lo. Les heritages de Martin ayant esté saisis réellement par Julien le Roy, le sieur de la Fossardiere demanda d'estre colloqué privilegiément sur la terre de la Cauviniere comme ayant esté acquise de ses deniers. Les Religieux Penitens prirent la mesme conclusion comme ayans les mesmes privileges, & par Sentence du Juge de S. Lo, il fut dit qu'ils seroient colloquez en concurrence, dont le sieur de la Fossardiere ayant appellé, je concluois pour luy qu'il avoit esté mal jugé; ce que j'établissois par l'autorité des Arrests & par la disposition du Droit.

Dans le concours de plusieurs creanciers c'est une regle premiere & principale que *qui prior est tempore potior est jure*, & pour acquerir cette prérogative du temps, il n'est point besoin d'années ny de mois, un jour, une heure donne cét avantage. Cette regle neanmoins reçoit trois exceptions: la premiere en faveur de celuy dont les deniers ont esté employez pour la conservation de la chose: la seconde pour le creancier qui a presté de l'argent pour l'acquisition de la chose: & la troisiéme en faveur du vendeur qui n'avoit point esté payé.

Mais comme il arrivoit souvent que divers creanciers avoient

des dettes privilegiées dont le privilege procedoit d'un mesme principe, mais qui n'estoient pas également favorables ; il arrivoit de la contestation pour sçavoir si la concurrence devoit être établie indistinctement, ou si en quelque cas il y avoit lieu à la preference ?

Les Intimez se sont fondez particulierement sur la Loy *privilegia. ff. de Bon. autor. jud. poss.* suivant laquelle les creanciers d'un mesme titre doivent estre payez par concurrence. Il est necessaire d'expliquer la distinction que le Droit Romain faisoit entre les creanciers & entre les obligations personnelles & hypothecaires.

Pour acquerir hypotheque parmy les Romains il estoit necessaire d'une convention non seulement pour les biens que l'on possedoit au temps du contrat, mais aussi pour ceux que l'on acqueroit par aprés, de sorte que pour avoir la preference, ce n'étoit pas assez d'avoir une obligation anterieure, car cette obligation sans stipulation ne produisoit qu'une action personnelle ; Mais celuy qui avoit stipulé une hypotheque quoy que posterieurement estoit preferable, & c'est de là que procede la distinction des creanciers personnels & hypothecaires, comme on l'apprend particulierement de la Loy *eos. cod. qui pot. in Pign.* Mais ces distinctions ne sont plus considerables parmy nous où les Contrats passez devant Notaires produisent hypotheque de leur nature, & par consequent une obligation personnelle & hypothecaire.

Les contrats passez devāt Notaires produisent hypotheque.

Comme les creanciers personnels qui n'avoient point stipulé d'hypotheque estoient tous d'une condition égale, ils ne pouvoient venir qu'en concurrence, *inter creditores habentes tantum personalem obligationem, prior tempore non est potior jure, nec ad invicem datur prærogativa, sed omnes veniunt in tributum :* si toutesfois les uns avoient une dette plus favorable & plus privilegiée que les autres, ils estoient preferez, mais il restoit encor cette difficulté s'ils devoient concurrer ou si il y avoit lieu à la preference : pour la decider la Loy *privilegia* dit, que les privileges se réglent non point par le temps, mais par la cause, & que les privileges d'un mesme titre concurrent entr'eux, comme en l'action de Tutelle ou de dépost ; mais quand la question estoit pour deux dots la cause en estant également privilegiée, celle

Le plus privilegié l'emporte sur l'autre, comme entre deux dots.

de la premiere femme estoit preferable à celle de l'autre ; & s'il se rencontroit deux privileges également favorables, le plus privilegié l'emportoit sur l'autre, *privilegiis duobus concurrentibus in actione personali præfertur is cujus causa est magis privilegiata :* La Glose sur cette Loy en a remarqué quatre exemples. Le premier pour le fisc : le second pour la dot ; le troisiéme pour celuy qui a baillé des deniers pour la conservation de la chose, & le quatriéme pour les frais funeraux, & neanmoins ces creanciers n'avoient pas seulement privilege entre les creanciers personnels, mais aussi entre les hypothecaires & privilegiez.

Ces mesmes causes donnoient aussi un privilege dans les actions réelles & hypothecaires, & ainsi celuy qui preste son argent pour l'achat d'une chose, l'emporte sur le creancier anterieur qui n'a qu'une simple hypotheque ; ce qui a lieu pareillement dans les autres cas, & particulierement pour la dot.

Ces difficultez estant éclaircies, il faut venir à la question, sçavoir si entre des creanciers également privilegiez, la preference a lieu en faveur de celuy qui a le privilege du temps & de la cause ? Le *privilege* est une dérogeance du Droit public, & qui par consequent ne peut avoir son effet que contre ceux qui sont d'une pareille condition ; aussi c'est un axiome en Droit qu'un privilegié ne peut se prevaloir de son privilege contre celuy qui a un privilege égal, *privilegiatus non habet privilegium contra æquè privilegiatum* ; & en ce cas il faut reduire les choses dans le droit commun, ce qui se peut prouver par plusieurs raisons : *primò*, parce que dans le concours de plusieurs privileges ils s'empeschent & se détruisent les uns les autres, *mutuò se impediunt & confunduntur*, car ne pouvant subsister ensemble ny s'executer, puis qu'autrement le privilege ne seroit pas égal, il faut necessairement que tout l'effet en cesse, *nam qui privilegium simile habet in re & specie de quâ agitur, non potest uti contra eum qui simile in re privilegium habet, Covar. tit. 2. pag. 38.*

On ne peut pas chercher de privileges plus semblables que ceux de l'Appellant & de l'Intimé ; ce qui a fait dire à un de nos Auteurs, que *hæc regula generalis tenenda est in materia duorum privilegiatorum, ut esset usus alterius ad alterum, quia ad invicem confunduntur. Merlin. lib. 3. c. 2. q. 63.*

Il faut donc en revenir dans le Droit commun, suivant la

doctrine de *Covar. tom. 1. pag. 23. col. 1. inter paria habentes privilegia præfertur is qui habet privilegium juri communi conveniens*; or en matiere d'hypotheque le droit le plus commun & le plus puissant est, que *qui prior est tempore potior est jure.*

C'est encore une régle de Droit, que *jura specialia facilius tolluntur quàm generalia.* Les privileges ne sont pas seulement des Droits particuliers, ce sont des dérogeances au Droit commun. Il est donc plus aisé de les faire cesser que de détruire le droit public & general.

C'est aussi une régle de Droit, que la condition de celuy qui a un double droit est plus avantageuse que celle de celuy qui n'en a qu'un, *potior est is qui duplici jure vallatus est*, ainsi l'Appellant ayant le privilege du temps & de la cause, son droit est le meilleur, *quia duplici jure nititur.*

Celuy qui a un double droit, est plus avantageux que celuy qui n'en a qu'un.

L'Appellant maintient mesme que les Intimez n'ont point de privilege qui puisse entrer en concurrence avec celuy de l'Appellant, parce qu'ayant un droit réel & privilegié, il n'a pas esté au pouvoir de son debiteur de le luy faire perdre ou de l'affoiblir.

L'hypotheque, disent les Docteurs, *est jus afficiens* : c'est un droit qui affecte tellement la chose à laquelle il fait une impression si forte qu'elle ne peut aprés estre détruite, *invitâ alterâ parte*, quelque paction que puisse faire le debiteur ; le debiteur se dépoüille du bien qu'il hypotheque, c'est une alienation irrévocable qu'il en fait, & il n'est plus en sa liberté d'engager ce qui n'est plus à luy. On veut en cette cause qu'il ait pû donner privilege sur une chose qu'il a engagée privilegiément à un autre, & bien que les deniers du dernier creancier ayent contribué pour l'achat de la chose, neanmoins ayant affecté & hypothequé cette chose à un premier creancier, il ne peut l'avoir engagée au second que jusqu'à la concurrence de ce qui reste aprés la dette du premier creancier payée, & quoy que ce raisonnement soit generalement vray, il est neanmoins particulierement infaillible dans l'espece de cette cause, où le debiteur commun estoit adjudicataire de la terre dont il s'agit, lors qu'il emprunta des deniers à l'Appellant & aux Intimez : d'où il resulte qu'en ce temps-là ce debiteur estoit en possession de la terre, & qu'il en estoit le maistre & proprietaire, & bien qu'elle ne

luy fust pas restée s'il n'eust payé le prix de son adjudication, & que *res non fiat emptoris nisi soluto pretio*, cela est bien vray à l'égard du vendeur & de ses creanciers, mais non pas à l'égard des creanciers de l'acquereur: pour eux il est vray de dire que la chose estoit *in bonis debitoris*, mais qu'ils luy ont fourny des deniers pour acquitter une dette: or en ce cas peut-on dire que l'hypotheque & le privilege que le premier creancier a stipulé, ne doive pas avoir son effet au préjudice de celuy qui n'a contracté que depuis? Personne ne contestera que celuy des deniers duquel les premiers creanciers ont esté payez ne succede en leur place, *is cujus pecunia primus creditor dimissus est, in locum ejus succedit.* Il est encor certain que les premiers creanciers du decretté ont esté les premiers payez, il faut donc presumer par une fiction juste & necessaire que les deniers premierement empruntez, ont esté employez au payement de ses dettes. On confirme cette verité par l'autorité de deux grands Auteurs: Monsieur Cujas s'en est expliqué nettement dans son Paratitle, *qui potior Cod.* en ces termes. *In hoc titulo proponitur differentia inter actiones personales & hypothecarias, nam in personalibus privilegia æstimantur ex causâ debiti, non ex tempore, itaque prioris temporis hypotheca firmior est, posterioris infirmior, quia in id tantùm efficax est quo summa pignoris excedit summam prioris sortis:* Il ne se peut rien trouver de plus exprés. Pour resoudre toutes les difficultez que l'on veut former en ce titre, dit Monsieur Cujas, on propose la difference entre les creanciers personnels & hypothecaires: Il est donc vray qu'il y a de la difference entre les uns & les autres, & en effet, la Loy *eos*, cy-devant citée, dit expressément que le droit de la simple hypotheque est si puissant, que *in privilegiis omnibus quæ personali actioni competunt præfertur.* Il dit ensuite, que *in personalibus privilegia æstimantur ex causâ*, & pour le prouver il rapporte la Loy *privilegia.* Il est donc manifeste que suivant son sentiment, la Loy *privilegia* n'a lieu qu'entre les creanciers personnels, il ajoûte que *in hypothecariâ actione privilegia æstimantur*; & là dessus il conclud que l'hypotheque du premier creancier est la plus forte, celle du second la plus foible, parce qu'elle n'est efficace & ne produit son effet en faveur du second creancier que jusqu'à la concurrence de la somme qui reste aprés la dette du pre-

Celuy-là succede à la place des premiers creanciers des deniers duquel ils ont esté acquitez.

mier creancier acquitée.

Les Intimez n'osent desavoüer que le sentiment de Loyseau leur est contraire, mais ils l'accusent d'erreur & de contradiction, & qu'on ne pouvoit comprendre comment il avoit pû admettre la concurrence entre les creanciers qui avoient prêté de l'argent pour l'achat d'un Office, & approuver en mesme temps la preference entre ceux qui auroient baillé de l'argent pour l'achat d'une terre ou d'une maison.

On peut apprendre la raison de cette difference dans le nombre 14. du mesme Chap. 8. l. 3. des Offices, où Loyseau fait connoistre que s'il ne donnoit pas la preference au creancier hypothecaire sur les deniers de l'Office, c'estoit parce que l'hypotheque ne s'assied point ou au moins n'imprime point un caractere & un droit réel, qu'on appelle *suite par hypotheque*, sur l'Office non plus que sur un meuble, & que d'ailleurs les deniers d'un Office sont réputez meubles & se discutent par concurrence suivant la Coûtume de Paris.

Voicy les paroles de Loyseau. La Loy *privilegia* ne parle que des privileges personnels & non des privileges réels & hypothecaires, qui ne concurrent gueres estant de divers temps, car entre privileges égaux un privilegié n'use point de son privilege contre un autre privilegié, *& res reducitur ad jus commune*, & aux privileges hypothecaires c'est un droit perpetuel que, *qui prior est tempore potior est jure*, parce que l'hypotheque dés son principe affecte tellement la chose qu'elle retient toûjours par aprés cette impression ; c'est pourquoy aux privileges réels il n'y a point de concurrence, comme de deux qui ont presté leur argent pour l'achat d'une maison sous deux Contrats portans hypotheque, le premier en hypotheque doit estre mis en ordre devant l'autre : Le sentiment d'un si grand Autheur, appuyé d'un si grand raisonnement doit estre d'un grand poids pour la décision de cette cause.

Le premier en hypotheque va toûjours devant.

Il ne reste plus qu'à répondre aux autres objections des Intimez. On allegue que les deniers de l'Appellant n'avoient pas remply le prix entier de l'acquisition, que leur argent y a esté employé comme le sien, & que ce n'est qu'en vertu de ce secours & de ce supplément que l'heritage se trouve en la possession de leur debiteur commun, & qu'il en est devenu le proprie-

taire : D'où l'on conclud que puiſque les uns & les autres ont utilement travaillé pour l'acquiſition de la choſe , il eſt juſte qu'ils y participent à proportion de ce que chacun y a contribué : Que le privilege de celuy qui preſte pour acquerir n'eſt pas moindre que celuy du creancier qui preſte pour conſerver, puiſque ſans cela en l'un & l'autre cas la choſe ne ſe trouveroit entre les biens des debiteurs, & qu'enfin le vendeur ayant eſté payé de leurs deniers ils entrent également à ſon droit. Que l'on vouloit donner une hypotheque avant que le privilege fuſt acquis, ce qui n'a eſté fait que par la déclaration du debiteur en payant les deniers, & enfin la Loy *privilegia de privileg. cred.* & la *l. 7. qui pot. in pign. ff.* y ſont expreſſes.

L'Appellant a cet avantage que toutes ces Loix & ces raiſons furent alleguées au procez du ſieur Morin , & neanmoins la Cour n'y eut aucun égard : on veut bien que le ſecond creancier ait un privilege, mais ce n'eſt pas pour concurrer avec un creancier dont le droit & le privilege eſt anterieur : car ou la choſe ne vaut que juſqu'à la concurrence de ce qui a eſté payé par le premier creancier, & en ce cas il eſt vray de dire qu'elle a eſté entierement payée de ſes deniers, puiſque non ſeulement ſon argent a eſté fourny le premier, mais qu'il avoit auſſi ſtipulé que ſon argent y ſeroit employé le premier : & l'impreſſion que fait cette ſtipulation eſtant ſi puiſſante qu'elle ne peut s'effacer, le debiteur n'a pû hypothequer une ſeconde fois, ce qui n'eſtoit plus en ſa diſpoſition ; ſi au contraire la valeur du fonds excede le prix fourny par le premier creancier, en ce cas cet excedant cede au profit du ſecond, ſon hypotheque ne peut s'eſtendre au-delà *in id tantùm efficax eſt, quo ſummam excedit prioris ſortis :* & on ſe trompe quand on dit que le privilege n'eſt pas moindre pour acquerir que pour conſerver , celuy qui preſte pour conſerver fait veritablement *ſalvam totius pignoris cauſam,* mais celuy qui ne preſte pour acquerir qu'aprés qu'un premier creancier a fourny autant d'argent que vaut la choſe acquiſe , il ne peut dire qu'elle ait eſté depuis acquiſe de ſes deniers , & s'il entre au droit du vendeur ce ne peut eſtre que dans l'ordre des hypotheques , & c'eſt mal à propos qu'on objecte qu'on veut avoir une hypotheque privilegiée avant qu'elle ſoit née, car ce n'eſt pas la déclaration que paſſe le debiteur qui donne le privi-

ege, c'est la stipulation portée par le Contrat de la rente dont cette déclaration n'est que l'execution, & qui a son effet retroactif au temps du Contrat : s'il en estoit autrement, non seulement il résulteroit une absurdité étrange, mais il seroit mesme impossible de pouvoir assurer un privilege. Un debiteur pour acquerir une Terre de 10000 liv. pourroit emprunter 50000 liv. ou 60000 livres, & passer des déclarations en faveur de ses creanciers; cependant quoy que dans l'achat de la terre il n'en fust entré que 10000 liv. on en feroit concurrer 50000 livres. Pour prevenir cet inconvenient il est bien plus raisonnable d'en revenir au Droit commun, & de conserver l'ordre des hypotheques, & de dire que c'est un moyen pour prevenir les surprises & les tromperies, car ou celuy qui prestera son argent pour l'achat d'une Terre, sera fort assuré qu'il n'y a point d'hypotheque anterieure, ou s'il en doute il peut ne payer point son argent que lors de la passation du Contrat; alors il verra s'il y a des déclarations faites en faveur d'autres creanciers, & là-dessus il connoîtra si son hypotheque peut estre assurée ou ne l'être pas.

Si les raisons des Intimez ne sont pas valables, les Loix qu'ils citent ne leur sont pas plus avantageuses : on a prouvé clairement que la Loy *Privilegia* n'a lieu qu'entre les creanciers personnels; ce qui est si veritable que de tous les Interpretes du Droit Civil & de tous les Jurisconsultes François, il ne s'en trouvera pas un seul qui l'ait expliquée autrement. Outre les autoritez de Monsieur Cujas & de Loyseau, la Glose contient ces paroles : *Inter hypothecarios prior præferendus est*, si ce n'est dans les cas où un privilege est plus favorable, lesquels ont aussi esté remarquez par la mesme Glose, c'est aussi le sentiment de Godefroy, mais le President Fabri en a fait une définition expresse, *Cod. Fab. l. 7. t. 32. defin. 3. pluribus chirographariis concurrentibus, neque is qui tempore potior præferendus est cæteris, sed si cætera sint paria, concurrunt. L. Privileg. non enim sicut inter hypothecarios & chirographarios personalium actionum privilegia ex causâ non ex tempore æstimantur.*

Monsieur d'Argentré sur l'Art. 94. de la Coûtume de Bretagne, fait la mesme difference. *Notanda jure Romano inducta differentia quo ad privilegia attinet personalium & hypothecariarum obliga-*

tionum, nam in hypothecariis prioritas temporis privilegium tribuit, in personalibus contra : Ergo quoties plures creditores concurrunt adversus unum & eundem debitorem cùm sint eiusdem tituli, nullus alteri præfertur; nam tametsi quibusdam personalibus tribuantur privilegia prioritatis, id privilegium causam non sumit à temporis prioritate, sed à causâ credendi veluti Vectuariis, famulis, operariis & similibus.

Pour la Loy 7. ff. *qui pot.* non seulement on en prend mal l'espece, mais encore celle qu'on a proposée ne fait rien à la cause : Voicy l'espece proposée par Accurse. Un fonds avoit esté acquis en partie de l'argent de deux pupilles, mais ils n'avoient stipulé aucune hypotheque expresse ni privilegiée du creancier: Un creancier anterieur y avoit une hypotheque expresse; il est certain que dans l'ordre le premier creancier devoit estre preferé puisque les mineurs n'avoient aucune hypotheque privilegiée, neanmoins en faveur des pupilles on donna une hypotheque tacite & privilegiée, comme la chose ayant esté veritablement acquise de leurs deniers, & on les fait concurrer sur le fonds à proportion seulement de ce qu'ils avoient payé; mais ce qui est introduit en faveur des mineurs ne peut estre tiré à consequence, & quand même on prendroit cette Loy dans le sens que les intimez luy veulent donner, elle ne feroit rien à la question : La chose avoit esté acquise des deniers des mineurs sans neanmoins en avoir fait aucune declaration, & par un contrat fait en mesme temps, & ainsi étant égaux & pour la cause & pour le temps il n'y avoit aucun lieu à la preference. Greard répondoit pour la Demoiselle de Lespine qui s'étoit chargée de garantie pour les Religieux Penitens, que cette question étoit nettement decidée par la L. *privilegia de privil. cred. privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa, & si ejusdem tituli fuerint concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint*, l'Appellant prétend que cette Loy ne s'entend que des privileges personnels & non des privileges réels, mais la Loy *Itemque, D. qui pot. in Pig. hab.* détruit cette distinction. Si deux pupilles baillent l'argent ils concurrent : Voila donc la concurrence établie entre ceux qui baillent leur argent pour acheter un fonds : Et il ne sert de rien d'objecter que c'est un cas particulier pour les mineurs : Cela est bien pour l'hypotheque tacite que les autres n'avoient pas sans stipulation, mais non pas pour la concurrence, c'est donc une regle generale

qu'un tel privilege precede les hypothecaires, & par consequent concurre avec ceux de pareille qualité.

Mais dira-t'on, que veulent donc dire les Docteurs par leur distinction de privileges réels & personnels? Il faut répondre ce que nous voyons dans le Droit & dans Monsieur Cujas, qu'un privilege réel veut dire une hypotheque *privilegium temporis*, ou bien qu'il n'en est pas en France comme dans le Droit Romain: Chez nous un privilege fondé sur un Contrat a son hypotheque expresse établie par la Loy du Royaume. Chez les Romains il n'y avoit point de privilege qui eust d'hypotheque expresse; on n'agissoit que par une action personnelle, & l'on en demeuroit là, c'est ce que Mr. d'Argentré explique bien clairement sur l'Article 194. de la Coûtume de Bretagne. Depuis ils inventerent l'action hypothecaire ou quasi *Serviana*, & ils la joignirent ordinairement à la personnelle; mais tout cela ne tendoit qu'à se faire envoyer en possession du fonds *pro modo debiti*; mais en France c'est toute autre chose, nous avons trois actions, la *personnelle*, la *declaration d'hypotheque*, autrement *interruption*, & *l'hypothecaire*: C'est à dire en un mot que toute action personnelle emporte l'hypothecaire, & que tout privilege est réel.

L'action personnelle emporte l'hypothecaire.

Maistre Charles Loyseau a dit plusieurs choses sur ce sujet qui semblent contraires: il disoit que la *l. privilegia* ne s'entendoit que des privileges personnels: Monsieur Cujas le dit aussi & la Glose pareillement: cependant elle se doit entendre aussi bien des privileges réels comme des personnels. En effet, Loyseau dit que ceux qui ont presté leur argent pour l'achat d'un Office concurrent, mais que ceux qui ont presté leur argent pour l'achat d'une Terre ne concurrent point, & que le plus ancien l'emporte, & au contraire que tous ceux qui ont consigné entre les mains du Receveur des Consignations, concurrent sur le prix de l'Office, sans avoir égard au temps de leurs Contrats. Tout cela implique contradiction.

Si donc deux privilegiez ont un privilege égal ou de mesme titre, comme ceux qui ont presté leur argent pour l'achat d'un fonds, ils doivent concurrer ensemble, bien que l'un ait presté plûtost que l'autre, & la raison de cette concurrence est que ne pouvans user de leur privilege, *contra aque privilegiatos res deducitur ad jus commune*. L'Appellant ne peut contester

La concurrence entre deux privilegiez.

que ſans les deniers fournis par les Intimez, la Terre n'auroit point appartenu à leur debiteur commun. Puis donc que leurs deniers ont également ſervy pour l'acquiſition du fonds ſur lequel l'on pretend privilege, leur condition ne ſera-t'elle pas égale? Durand pour les Religieux Penitens s'aidoit des meſmes raiſons : cette cauſe ayant eſté plaidée en l'Audience de la Grand' Chambre le 28 de Février 1675. elle fut apointée au Conſeil : les opinions des Juges ayant eſté partagées ; ce qui obligea les parties de s'accommoder.

Depuis la queſtion a eſté decidée ſur ce fait, en 1652. Alexandre de Noyon Ecuyer, ſieur de Flumeſnil, maria ſa ſœur au ſieur du Val, Lieutenant Particulier d'Andely, & luy donna en dot 7500 liv. depuis il ſe conſtitua envers les ſieurs Ridel & Dailly en 607 liv. de rente, moyennant 8500 liv. pour employer au rachat de cette dot, tant pour le principal que pour mille livres d'arrerages, avec ſubrogation d'hypotheque ; quelque conteſtation s'eſtant meuë lors du racquit qu'il en voulut faire, cette ſomme fut conſignée ; mais eſtant arrivé de la diminution aux Monnoyes pour fournir tous les deniers neceſſaires pour le racquit, il fut encore obligé d'emprunter mille quatre cens cinq livres qui luy furent conſtituées en rente par le ſieur Oudart avec la meſme ſtipulation de ſubrogation à la legitime de ſa ſœur.

Les biens du ſieur de Noyon ayant eſté ſaiſis réellement, il ſe mût queſtion entre les ſieurs Ridel & Dailly d'une part, & Pierre de Noyon fils dudit Alexandre, cedé aux droits dudit ſieur Oudart, touchant la preference ou concurrence de leurs hypotheques. L'affaire ayant eſté portée en la Cour, ſur les appellations de pluſieurs Sentences renduës, en procedant à l'ordre & diſtribution des deniers : par Arreſt du premier d'Aouſt 1676. au Rapport de Monſieur Gueroult, il fut dit que leſdits Ridel, Dailli & de Noyon au droit dudit ſieur Oudart, ſeroient payez par concurrence & au ſol la livre de la ſomme de huit mille ſept cens livres payée de leurs deniers, pour le rachat du principal & arrerages de ladite legitime à l'hypotheque de l'année 1625. temps du decez de l'ayeul dudit de Noyon, enſemble de l'intereſt au denier quatorze, & que neanmoins l'intereſt de la ſomme de 1205 livres neuf ſols, payée pour les arrerages de

ladite legitime, n'aura hypotheque que du jour du Contrat de l'année 1652.

Cette question s'est aussi meuë entre des creanciers privilegiez, sçavoir si les creanciers pour deniers consignez entre les mains d'un Greffier insolvable doivent estre preferez aux creanciers du prix de sa Charge. Sur cela il est intervenu Arrest au Parlement de Paris qui est rapporté dans la seconde partie du Journal du Palais, par lequel il fut ordonné que sur les deniers provenans de la vente de la Charge, les creanciers qui avoient payé leur argent pour l'achat d'icelle seroient payez par preference à tous autres creanciers en justifiant l'employ & subrogation, & que sur le surplus des biens du Greffier seroient tant les creanciers des Consignations qui avoient esté mises entre ses mains, que les autres creanciers hypothecaires colloquez suivant l'ordre de leurs hypotheques & creances; & cét Arrest eut pour fondement, que les Greffiers ne sont pas commis ny établis pour recevoir des Consignations, & que par consequent la qualité de Greffier ne pouvant servir de titre aux creanciers des Consignations pour établir un privilege, parce que les Greffiers ne sont point fondez de droit à recevoir les Consignations, ils ne pouvoient disputer la preference aux creanciers du prix de la Charge qui avoient le privilege de proprieté, ou pour mieux dire le droit de proprietaire, en consequence de la subrogation promise, par le Contrat d'emprunt & executé par le Contrat d'employ. Goujet des Hypotheques. q. 12. rapporte un Arrest pareil, par lequel il fut jugé qu'un creancier ne viendroit en ordre sur les biens d'un Commissaire du Chastelet, pour la restitution des deniers qu'il avoit consignez en ses mains, que du jour de la consignation, & non pas de la reception en l'Office de Commissaire, car encore qu'avant la creation en titre d'Office des Receveurs des Consignations, ce fust l'usage que les deniers se consignoient en Justice entre les mains des Commissaires du Chastelet, neanmoins comme cela ne dépendoit de son Office, l'hypotheque ne commençoit que du jour de la consignation.

La Charge de Greffier ne sert point de Titre aux Consignations.

Par ces principes il faudroit juger autrement si la question arrivoit entre les creanciers de l'Office du Receveur des Consignations devenu insolvable, car en ce cas la consignation

estant une fonction propre à la Charge de Receveur ; & la consignation entre ses mains estant necessaire par l'Ordonnance, elle produit privilege en faveur de ceux qui ont esté obligez d'obéïr à l'autorité du Prince & qui ont suivi la foy publique au préjudice de ceux qui n'ont suivy que la foy des particuliers, & qui avoient la liberté de ne leur confier pas leurs deniers ou de prendre toutes les seuretez qu'ils auroient crû leur estre necessaires.

Cela a lieu generalement pour tous ceux qui ont suivy la Foy publique, & qui contractent avec un Officier *ex necessitate officii publici* pour choses qui dépendent directement de sa Charge, auquel cas ils ont également & concurremment entr'eux une hypotheque tacite sur les biens de l'Officier du jour de sa reception, ce qui est fondé sur la *L. si ventri. §. in bonis. D. de privil. cred. potiorem esse eorum causam placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam sequuti deposuerunt.*

Quelques efforts que les Interpretes du Droit fassent pour concilier cette antimonie qui se remarque entre le §. *in bonis*, & la Loy *quod privilegium* & la Loy 7. §. 2. *Depositi*, elle demeure toûjours nonobstant leurs distinctions. La plus grande partie de ces Interpretes ont suivy la distinction de la glose *inter privilegia personalia & realia*, & ils ont estimé que le §. *quotiens* devoit s'entendre des privileges personnels, & le §. *in bonis* des privileges réels. Et Hasius en son Commentaire sur cette Loy *si ventri* soûtient que cette solution est tres-bonne.

Il est toutefois mal aisé de s'en servir à cause de la difficulté qui se rencontre à distinguer les privileges réels d'avec les personnels : Monsieur Cujas en son Commentaire sur la *L. quod privilegium, lib. 9. quæst. Papin.* dit qu'il faut concilier ces deux Loix en posant cette difference, que ou les deniers déposez se trouvent encore en essence, ou ils n'existent plus : S'ils sont encore en essence il est juste de les restituer à celuy qui les a déposez, dautant que par le dépost ils n'ont point cessé de luy appartenir : Que si les deniers ne se trouvent plus, le dépositaire ne doit point estre preferé aux Creanciers privilegiez ; mais seulement aux autres qui ne le sont point, *& secundum hoc est accipiendum quod ait Papinianus hoc privilegium quod datur depositariis non tantum in pecuniis depositis exercuit, sed etiam in universis bonis fraudatoris.*

Il paroît

Il paroist raisonnable de donner cette preference sur les deniers qui se trouvent en essence, mais en l'accordant sur les autres biens du dépositaire c'est contre la decision du ʒ. *in bonis:* Ainsi la distinction de Monsieur Cujas ne fait pas cesser la contrarieté qui se trouve entre ces deux Loix: Il faut donc les expliquer de cette maniere, que quand les deniers sont en essence, celuy qui a fait le depost l'emporte sur tous les autres privileges, que s'ils n'existent plus il ne doit estre payé que *post privilegia:*

Cette question si celuy qui a consigné ses deniers doit estre preferé à tous autres creanciers, soit que ces deniers soient encore en essence ou qu'ils ayent esté divertis & dissipez par le Receveur des Consignations, ne doit pas estre decidée par ces deux Loix ny par ces deux principes du Droit Romain, car il y a grande difference entre nos Receveurs des Consignations & ces Changeurs ou Banquiers de l'ancienne Rome.

Monsieur Cujas en son Commentaire que je viens de citer, nous aprend que ces *argentarii, nummularii & mensularii* étoient des personnes particulieres qui avoient leurs boutiques ouvertes *in foro publico*, & que ceux qui vouloient faire des comptes, essayer si leur argent étoit de bon aloy, emprunter avec intérest, ou déposer leurs deniers pour estre plus en seureté, venoient traiter avec eux chacun selon son besoin, ou selon la commodité de ses affaires & de son commerce, & cela étoit trouvé si commode & si aisé qu'il ne se faisoit aucune affaire à Rome que par l'entremise ou en la presence de ces Personnes-là: & au jourd'huy l'on en use presque en la mesme maniere à Paris, où les Notaires sont les dépositaires de la plus grande partie de l'argent que l'on veut placer.

Cependant ces Changeurs ou Banquiers des Romains n'avoient aucun caractere de personnes publiques, comme aussi les Notaires de Paris n'en ont pas pour recevoir des deniers, & les deposts qui se faisoient en leurs mains étoient purement volontaires & pour la seule commodité de ceux qui faisoient le depost; de sorte qu'il n'est pas étrange que l'on n'eust aucun privilege sur les biens de ces Banquiers lors que les deniers deposez ne se trouvoient plus en essence, & neanmoins comme ils avoient en quelque sorte suivy la foy publique; on leur

accordoit la preference au préjudice de ceux qui n'avoient point de privilege, *idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. d. l. quod privilegium, & l. 7. §. 2. Depos.* L'on ne suivroit pas cette Jurisprudence pour les Notaires de Paris, car leur fonction ne s'étend pas là, & il n'y a nulle necessité de consigner en leurs mains, de sorte que ceux qui leur confient leurs deniers n'auroient aucune preference.

Des deniers consignez chez le Receveur des Consignations.

Il n'en est pas de mesme des Receveurs des Consignations, non seulement ils ont un caractere public, mais l'on est mesme forcé de consigner entre leurs mains les deniers dont on est obligé de se dessaisir, de sorte que comme on est contraint de suivre leur foy, parce qu'ils sont des personnes publiques, établies pour ce sujet-là, sans avoir la liberté de consigner son argent ailleurs, il est trés-juste que les consignataires l'emportent sur tous autres privileges, soit que les deniers se trouvent en essence ou que les Receveurs des Consignations les ayent dissipez.

Difference entre le prest & le dépost.

Le privilege n'a jamais lieu pour le veritable depost; car si celuy qui a fait le dépost tiroit interest de son denier, ce ne seroit plus un dépost, mais un prest pour lequel il n'auroit plus aucun privilege, *aliud est enim deponere, aliud credere*: par le prest la proprieté de la chose baillée est transferée à celuy qui emprunte; Or pour le depost le privilege n'est donné que par cette raison que celuy qui le fait est toûjours demeuré maistre de la chose, & c'est pourquoy un ancien Docteur donne un avertissement aux Avocats que dans ces questions ils ne manquent pas à demander la communication des livres du debiteur pour decouvrir si l'on est demeuré dans les termes du veritable depost, ou si l'on en exige des interests.

CHAPITRE XV.

De la Subrogation & Cession d'Actions.

L'Empereur Justinien dans le Titre du Code *qui pot. in Pign. hab.* ayant reglé la preference entre les creanciers hypo-

thecaires il traite dans le titre suivant; *de his qui in prior. cred. loc. succedunt*, qui sont ceux qui peuvent succeder en la place des premiers creanciers, & de quelle maniere cela se peut faire.

Pour me conformer à cette methode aprés avoir parlé de ceux qui de leur chef, *suo jure*, & en vertu de leurs contrats peuvent pretendre un droit d'hypotheque, & une preference, il faut sçavoir ensuite comment ceux qui ne sont point creanciers ou qui n'estoient que les derniers le peuvent devenir, & entrer en la place des anciens creanciers, *de his qui alterius beneficio potiores censentur*, & de quelle maniere cela se peut faire tant par le Droit Romain que par nôtre usage.

Suivant le Droit Romain le plus ancien creancier avoit seul le droit de vendre le gage; cela obligeoit souvent le creancier posterieur à le rembourser pour s'en rendre le maistre, & par ce moyen il entroit en son lieu & place, & exerçoit tous ses droits; c'est ce que le Droit appelle *in locum priorum creditorum succedere*: mais au lieu de cette façon de parler, nous nous servons des termes de subroger & de subrogation.

La subrogation n'est autre chose que le changement d'un creancier en un autre creancier, *subrogatio est transfusio unius creditoris in alium*, & par cette mutation ou transfusion les droits du creancier qui est payé passent à l'autre qui a fourni ses deniers pour le payement.

La subrogation est le changement d'un creancier en un autre.

Il ne suffit pas toûjours de payer un ancien creancier pour entrer en sa place de plein droit, & sans aucune convention ni stipulation; car quoy qu'il semble que pour la faveur & la facilité du commerce l'on doive induire naturellement cette succession ou subrogation, & qu'en tout cas la Loy la doive suppléer; toutefois, à parler proprement, ce n'est pas l'effet ordinaire du payement d'acquerir ou de donner une hypotheque, mais bien plûtost de faire cesser & d'éteindre la dette. D'où il s'ensuit que le payement que l'on fait d'une dette n'est pas un moyen propre & naturel pour produire une subrogation, parce qu'il n'y a plus d'obligation qui subsiste, *Solutione enim tollitur omnis obligatio, nullus amplius creditor, nulla amplius actio creditori remanet. l. Modestinus. D. de solut.*

Mais puis que nonobstant la subtilité du Droit, la dette n'est pas tellement esteinte par le payement, que celuy qui fournis

les deniers pour cet effet ne puisse estre subrogé au droit du creancier, & qu'au contraire le creancier qui est remboursé transfere sa creance avec tous ses accessoires au profit d'une tierce personne pour le prix du remboursement qu'elle luy en fait, il est necessaire pour l'éclaircissement de cette matiere d'examiner combien il y a d'especes de subrogation; quelles personnes peuvent subroger, & quelles personnes peuvent estre subrogées, en quel cas la subrogation est necessaire, en quel temps elle doit estre faite, & enfin quels effets elle produit.

Il y a deux especes de subrogation, la conventionnelle, & la legale.

Des especes de subrogation, la conventionnelle & la legale.

La conventionnelle se fait lors que celuy qui preste ses deniers pour acquiter une dette prend du creancier ou du debiteur une subrogation expresse pour succeder à l'hypotheque de la dette que l'on acquitte, *non enim omnino succedunt in locum creditoris hypothecarii ii quorum pecunia ad creditorem transit, hoc enim tunc observatur, cum is qui pecuniam dat, sub hoc pacto credit ut idem pignus ei obligetur. l. 1. C. de his qui in loc. prior. cred.*

La subrogation legale est celle qui se fait par la Loy sans qu'il soit besoin d'aucune convention ou stipulation avec le creancier ou avec le debiteur. Nous trouvons des exemples de cette subrogation legale dans le Droit Romain & dans nos Usages: Sçavoir du creancier posterieur qui paye la dette du premier, & de l'acquereur qui se charge d'acquiter les dettes ausquelles le fonds qu'il achete est affecté; car sans aucune subrogation & cession d'actions ils entrent de plein droit en la place des creanciers qu'ils ont remboursez, parce que la subrogation *inest tacito juris intellectu & legis potestate. l. 22. C. de pig. l. 3. de his qui in prior. cred. si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt quibus obligata fuit possessio, ita ut pretium perveniat ad eosdem priores creditores in jus eorum successisti*, parce qu'il est censé avoir fait le payement, non pour prester ses deniers, mais pour conserver ses hypotheques. *De jure l. 4. t. 14.* ce qui a lieu non seulement pour le principal, mais aussi pour les interests. *l. creditor. n. ℞. sciendum. D. qui pot. in pign.*

Le Droit François a reçû & autorisé ces subrogations, & l'Ordonnance de Henry IV. de l'année 1609. y est expresse;

Mornac sur la *l. 20. D. de reb. cred.* dit que *discessum est à summo jure lata in id constitutione Regia, qua sufficere solam subrogationem cautum est.* & sur la *l. 2. §. D. mand. creditori qui alterum pecunia sua dimittit. si subrogatum se in illius locum doceat, licet omissa sit cessio actionis nec alio jure hodie utimur.* Voyez Brodeau sur Monsieur Loüet l. C. n. 38.

Il se fait encore une subrogation de plein droit *in judiciis universalibus, veluti petitione hereditatis* : l'heritier est subrogé de plein droit à tout ce qui appartenoit au défunt, & il peut exercer tous les droits qui dépendent de son heredité. L'heritier est subrogé aux biens du défunt.

L'on en trouve encor un exemple en la *l. 70. §. cum autem de l. 2.* si l'heritier vend les biens de l'heredité & qu'il en employe le prix en l'acquisition d'autres heritages, ou que de ce mesme prix il en acquitte ses dettes particulieres, l'on demande si le Fideicommissaire pourroit prétendre les heritages acquis comme subrogez à ceux qui avoient esté vendus ou reprendre sur les biens particuliers de l'institué les sommes employées en l'acquit de ses propres dettes : & Papinien répond que sa demande est juste en l'un & en l'autre cas. *cum autem rogatus quidquid ex hæreditate supererit post mortem suam restituere de pretio rerum venditarum, alias comparat diminuisse quæ vendidit non videtur, sed quod inde comparatur, est vice permutati dominii restituetur. Idem observandum erit si proprios creditores ex ea pecunia dimiserit, non enim absumitur quod in corpore patrimonii retinetur.*

Hors ces cas stipulez par la Loy, il n'y a point de subrogation si elle n'est stipulée *nec transeunt actiones, nisi in juribus jure expressis*, & un étranger qui prête son argent pour payer un ancien creancier n'entre point en sa place sans une stipulation expresse, pour cét effet *non aliter in jus pignoris succedit nisi convenerit ut eadem res esset obligata. l. Aristo. D. quæ res pign. obl. pos.* Celuy qui paye la dette d'un ancien creancier, n'entre point en sa place sans stipulation.

Il faut remarquer en passant que nous ne suivons point cette disposition du Droit Romain, par laquelle le second creancier ne pouvoit faire vendre le gage s'il n'avoit remboursé le premier creancier, *non alias distrahendi pignoris potestatem consequebatur, nisi priori creditori soluta esset debita quantitas.* suivant nos usages le dernier creancier sans distinguer s'il est le second, ou le dernier peut faire vendre les biens de son debiteur, sauf aux plus anciens creanciers à s'opposer pour la conservation

de leurs hypotheques.

Cela pourtant n'empesche pas le droit d'offrir établi par le Droit Romain ; un creancier posterieur estant favorisé à offrir le remboursement au premier creancier pour éviter les frais qu'il pourroit faire , & qui consumeroient le prix de la chose.

Le creancier peut subroger à ses droits.

Pour les personnes qui peuvent subroger elles sont de differente qualité : le creancier peut subroger à ses droits celuy qui le rembourse , & cette subrogation est la plus naturelle ; car l'hypotheque subsistant en sa personne , il semble que luy seul a droit de la pouvoir ceder à un autre.

Mais l'on demande si ce creancier peut estre forcé de recevoir le remboursement de sa dette, & de consentir cette subrogation , & de ceder ses droits sans toutefois estre tenu de les garantir ? Pour le remboursement il ne peut jamais le refuser par quelque personne qu'il luy soit offert : pour la subrogation & cession d'actions , on fait cette distinction , si le payement est fait par un estranger qui n'est point creancier, & qui n'a point traité avec le debiteur , le creancier n'est point obligé de consentir aucune subrogation. *l. nulla. C. de solut.*

La raison est qu'encore qu'il ne puisse pas refuser le remboursement de sa dette , puis que l'on peut payer pour un autre , & qu'en ce faisant le debiteur devient quitte; neanmoins il ne peut estre contraint de ceder ses droits, le debiteur mesme ayant interest que cela ne se fasse point, pour ne tomber pas en la main d'un creancier fascheux , qui pourroit le traiter plus rigoureusement que celuy avec qui il s'estoit obligé, & d'ailleurs le droit d'offrir n'appartient qu'aux creanciers hypothecaires. Cela est expressément decidé en la *l. nulla. C. de solut. nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest , eo quod ei debitam quantitatem offerens jus obligationis in te transferri desideras , cum ab eo te nomen comparasse non suggeras , licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio :* C'est aussi le sentiment de du Moulin , *de usur. q. 45.* & pour montrer que l'étranger qui paye pour autruy ne peut demander que le creancier luy cede ses droits , il dit que *hoc non esset liberatio , sed creditoris mutatio, & quod etiam hoc captiosum esset debitoribus quorum interest , inscios non mutare creditores ne fortè cogantur incidere in manus avari &*

Le droit d'offrir n'appartient qu'au creancier hypothecaire.

intractabilis creditoris.

D'ailleurs un creancier a ſujet de crainte d'eſtre tenu de quelque recours ou garantie ; car ſuivant la Juriſprudence du Parlement de Tholoſe remarquée par Monſieur d'Olive l. 4. c. 14. l'on fait difference entre celuy qui vend le gage, & celuy qui vend ou cede ſa dette. Au premier cas, le creancier n'eſt tenu d'aucune garantie ; mais quand il cede ſa dette, c'eſt un veritable Contrat de vente qui engage le ſubrogeant à garantir une éviction envers le ſubrogé comme un veritable vendeur envers un acquereur ; cela pourtant ne doit avoir lieu que dans la pure vente & ceſſion d'actions, & non lors que le creancier ſubroge ſans aucune garantie.

Le creancier anterieur pour éviter toute difficulté au lieu de recevoir le payement de ce qui luy eſtoit dû pourroit offrir au poſterieur le rembourſement de ſa dette : *ſicut ſecundus creditor poteſt offerre primo ? ita è converſo primus poteſt offerre ſecundo, & in hoc dicendum quod primus non cogitur invitus offerre ſecundo : quod ſi prior creditor poſſedit pignus poteſt etiam offerre ſecundo, ſicut quilibet extraneus poſſeſſor, per l. mulier. D. qui pot. in pig. Neguz. in 3. memb. 5. part. de pig. & hypoth.*

Mais lors qu'un creancier hypothecaire, un acquereur, un cofidejuſſeur ou un coobligé, offrent pour leur aſſurance ou pour leur décharge de rembourſer un plus ancien creancier, il eſt tenu de ceder ſes actions, que s'il refuſe la ſubrogation, on ne peut le contraindre de la conſentir, mais elle peut eſtre ordonnée par le Juge, & meſme contre le fiſc. *l. 3. & ult. C. de jure fiſci.* Et c'eſt la ſeconde eſpece des perſonnes qui peuvent ſubroger, ce que du Moulin prouve fort bien en ſa queſtion 46. aprés avoir amplement diſcuté les raiſons & les autoritez que l'on pouvoit alleguer de part & d'autre. *Cui enim non æquum videtur vel hoc ſaltem conſequi emptorem quod ſine diſpendio creditoris futurum eſt. l. in creditore. 28. D. de Evict.*

Le meſme Auteur propoſe cette autre queſtion, ſi le debiteur originaire d'une rente ayant vendu du fonds à charge de l'acquiter, & l'acquereur ne payant point les arrerages, le debiteur pour éviter les pourſuites & l'execution en ſes biens, offrant à ſon creancier de le rembourſer tant du principal que des arrerages, pourroit le forcer à luy ceder ſes droits & actions

à l'effet d'en avoir recompenſe ſur ſon acquereur, & il réſout nonobſtant l'opinion contraire de pluſieurs Docteurs, que le creancier eſt tenu de luy ceder ſes actions, ſuivant la déciſion équitable de la *l. in creditore de evict. quia creditori nullo modo nociturum eſt, debitori verò profuturum*; & cela me paroît fort juſte; parce qu'encore que le debiteur originaire de la rente ne ceſſe de l'eſtre à l'égard de celuy à qui il a vendu à charge de la rente; & comme il a un privilege ſur ce fonds-là, il peut pour obtenir ſa recompenſe demander au creancier de la rente qu'il luy cede ſes droits en le rembourſant, puis que cette ceſſion ne luy apporte aucun préjudice. *Mol. dicta quæſt. 46. n. 336.*

Cette faculté d'offrir qui eſt donnée au creancier hypothecaire doit eſtre accordée au ſimple creancier chirographaire qui n'a point d'hypotheque. Tous les Docteurs conviennent qu'il a le droit d'offrir, mais qu'il ne peut demander la ceſſion d'actions s'il n'eſt en poſſeſſion de la choſe ſur laquelle le creancier veut exercer ſes actions; & quoy que du Moulin dans ſa queſtion 47. ſoit de ce ſentiment, neanmoins dans la queſtion ſuivante il eſtime qu'il faut temperer la rigueur du Droit, qu'encore que le creancier chirographaire ne ſoit en poſſeſſion d'aucuns biens appartenans à ſon debiteur, neanmoins s'il a intereſt de demander cette ceſſion, & qu'en faiſant ceſſer la rente il puiſſe conſerver ſa creance, en ce cas il eſt juſte de luy accorder cette ceſſion, *quia non merè voluntariè ad hanc ceſſionem venit, ſed neceſſitate compulſus ne perdat debitum ſuum, tum quia non certat de lucro captando ut merè extraneus, ſed de damno vitando & creditor tenetur facere quod ſibi non nocet.*

Le debiteur peut auſſi ſubroger celuy qui luy preſte des deniers avec ſtipulation de ſucceder au droit du creancier, quelques-uns neanmoins ont eſtimé qu'il eſtoit impoſſible que l'hypotheque qui n'appartient & qui ne reſide qu'en la perſonne du creancier & non en celle du debiteur, ſe puſt tranſporter par la ſeule convention du debiteur, ſans le fait & le conſentement du creancier; mais quoy que cela puiſſe eſtre veritable dans la rigueur du Droit, on a fait prévaloir l'équité à la ſubtilité, & l'on a introduit cette ſubrogation pour la facilité du commerce, & afin qu'il ne ſoit pas au pouvoir d'un creancier rigoureux qui ne voudra pas conſentir une ſubrogation, de retenir toûjours

ſon

son debiteur perpetuellement obligé, estant beaucoup plus juste de permettre à un pauvre debiteur de se choisir un creancier plus favorable, en donnant cét avantage à celuy qui luy voudra prester de l'argent de le faire entrer en la place du creancier qui reçoit ses deniers : nous en avons un texte exprés en la *l. creditor. 12. §. à Titio. D. qui pot. in pign. à Titio mutuatus, pactus est cum illo ut ei prædium tuum pignori esset; deinde mutuatus à Mævio, pactus est ut si Titio desierit teneri ei teneatur. Tertius denique, aliquis dat mutuam pecuniam tibi ut Titio solveres, & paciscitur tecum ut idem prædium ei pignori sit, & ejus locum subeas, num hic medius tertio potior est ?* Le Jurisconsulte répond, *Tertius hic secundo præferendus est.*

Il faut d'ailleurs remarquer que cette action du second creancier n'est pas tout à fait la mesme que le premier avoit, mais une autre toute pareille. En effet les Loix ne disent pas, comme a remarqué Maistre Charles Loiseau, des Offices l. 3. c. 8. n. 80. que *secundus creditor succedit in actionem primi, sed in locum primi, id est, in ordinem hypothecæ.* Par le moyen de ce que l'ancien creancier est payé des deniers de l'étranger, le debiteur le peut reconnoître pour creancier subrogé. Et en cela les creanciers intermediaires n'ont aucun interest, le debiteur ne crée pas une nouvelle dette, il ne fait que changer de creancier, & à son égard l'obligation n'est point esteinte, parce qu'il a convenu qu'elle demeureroit en sa force & vertu.

C'est le raisonnement de Me Charles du Moulin, *de usur. n. 276. non requiritur istam cessionem fieri cum priore creditore, vel eo sciente, sed sufficit fieri cum solo debitore, vel eum repræsentante : sicque secundus iste creditor nullam causam habet à primo, sed solum causam habet à debitore & tamen succedit in jus primi; saltem in jus simile & æque potens etiam in præjudicium intermediorum creditorum, quibus tamen non dicitur damnum inferri; sed lucrum non afferri, quia duntaxat novissimus iste loco primi subrogatur; eodem alioqui rei statu manente. Et merito jure & moribus est introductum, quia creditoribus damnum non inferi, debitoribus autem prodest, quo facilius viam inveniant dimittendi acerbiorem creditorem vel commodius mutandi.* Je parleray dans la suite des conditions qui sont requises pour rendre cette subrogation valable.

Enfin le creancier & le debiteur peuvent consentir conjoin-

Le creancier & le debiteur peuvent consentir la subrogation.

tement la subrogation, & cette subrogation est la plus parfaite & la plus efficace, car elle fait cesser toutes les difficultez que l'on fait naistre touchant l'effet & la validité des subrogations.

A l'égard des personnes qui peuvent estre subrogées, il y en a de trois sortes.

En premier lieu, ceux qui sont déja creanciers d'un debiteur en remboursant les creanciers qui les precedent, succedent de plein droit & n'ont pas mesme besoin de subrogation, suivant la Loy derniere. *C. de his qui in prior. cred. loc. succed.*

En second lieu, ceux qui ne sont point creanciers d'un debiteur en payant son creancier de leurs deniers, peuvent entrer en sa place lors qu'ils l'ont expressement stipulé. Car nos Docteurs & notamment du Moulin *de usur. n. 276.* mettent une grande difference *inter creditorem & extraneum*, si un tiers ou mesme un simple creancier chirographaire paye la dette du premier creancier il ne succede pas en sa place sans une convention expresse, *Nisi hoc nominatim sit conventum, imò nec cogi potest ab extraneo creditor hypothecarius debitum accipere, nisi velit vel nisi ab ipso debitore, compellatur*; mais à l'égard du creancier hypothecaire en payant le premier creancier il succede à ses droits sans aucune paction, comme il sera expliqué dans la suite.

En troisiéme lieu, lors qu'une tierce personne du consentement du debiteur, paye pour luy la dette de son creancier à condition de demeurer subrogé au mesme droit.

La condition de ces trois sortes de personnes qui peuvent estre subrogées en payant la dette d'autruy, est fort differente, & ils ne succedent pas au droit du creancier de la mesme maniere, ce n'est pas toûjours assez d'avoir acquité la dette d'autruy pour estre subrogé au droit du creancier. C'est pourquoy il faut expliquer comment cela se peut faire, & en quel cas il est necessaire de prendre une subrogation.

Lors qu'un estranger qui n'est point creancier du debiteur, ni sa caution, ni detenteur de ses biens, paye la dette d'autruy, la subrogation ou cession d'actions luy est absolument necessaire pour entrer en sa place, le simple payement fait par un estranger *extraneo solvente*, sans une convention expresse & une

cession d'actions ne luy donne point les prerogatives de la dette qu'il a remboursée, parce que tant s'en faut que le payement transfere la dette ou l'hypotheque en la personne de celuy qui paye, qu'au contraire il l'esteint & la fait cesser entierement: *l. solvendo. D. de negot. gest.* Et c'est de ces personnes qui payent pour autruy & qui ne sont point creanciers qu'il faut entendre la *l. 1. C. de his qui in prior. cred. loc. succ. Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi quorum pecunia ad creditorem transit. hoc enim tunc observatur cum is qui pecuniam postea dat sub hoc pacto credit, ut idem pignus ei obligetur & in locum ejus succedat.*

La Glose sur cette Loy dit, que lors qu'un estranger veut succeder au droit du creancier qu'il rembourse, il doit stipuler deux choses; la premiere, une subrogation & cession d'actions; & la seconde, que les biens hypothequez luy demeurent obligez. Brodeau sur Monsieur Loüet l. c. n. 38. dit qu'un estranger qui paye la dette d'un autre, peut entrer en la place d'un Creancier par trois voyes. La premiere, lors qu'il offre luy-mesme les deniers au creancier il luy est necessaire qu'il prenne de luy une cession de ses droits: la seconde, que par Sentence du Juge on luy adjuge les mesmes droits, *l. fin. C. de privil. fis.* & la troisiéme par la convention & subrogation qui luy est faite par le debiteur. La condition de celuy qui preste de l'argent pour acquiter une dette est bien differente de celle d'un creancier hypothecaire qui rembourse un ancien creancier: *Non eodem prorsùs modo posteriores creditores hypothecarii in locum priorum succedunt, ii qui cum creditores non essent pecunias solvunt prioribus creditoribus hypothecariis pro aliis, nec enim succedunt in jus pignoris quod illi habuerunt quos dimiserunt, nisi in solvenda pecunia autoritate judicis pignus in eos translatum sit, vel in credenda ea pacti sint ut in eorum jus & locum succederent. Cujac. in Paratlit. ad tit. C. de his qui in pr. cred. loc. succ.*

Il est donc tres-veritable que celuy dont les deniers ont esté reçûs par le premier creancier hypothecaire ne succede point à son hypotheque, s'il n'y est subrogé ou par le creancier qui reçoit son payement, ou par le Juge qui l'ordonne, ou par le debiteur qui recevant l'argent consent par convention expresse qu'il entre en la place de celuy que l'on rembourse; ce qui n'est point contraire à la *l. si ventri. §. ult. de privil. cred.* parce qu'el-

le présuppose que celuy qui payoit estoit creancier posterieur de celuy dont il acquitoit la dette, ou en tout cas, comme d'autres expliquent cette Loy, elle donne une subrogation quoy qu'elle ne fût pas stipulée.

Quand le debiteur consent la subrogation au profit de celuy qui luy prête son argent, trois conditions sont necessaires, suivant cette fameuse Glose sur la *l. 1. C. his qui in prior. cred. loc. succ.* qui a esté suivie de tous les Docteurs.

Conditions necessaires à la subrogation.

La premiere, une convention expresse de subrogation; la seconde, que les deniers que le debiteur prend seront actuellement employez à l'acquit de la dette; & la troisiéme, qu'il paroisse que les deniers ayent esté actuellement employez au remboursement du creancier, & que le Contrat en fasse mention; ce qui est requis si necessairement & si indispensablement, qu'encore que dans le mesme instant, & devant les mesmes Tabellions & les mesmes témoins (mais neanmoins aprés le Contrat parfait & signé par les parties l'on auroit ajoûté la déclaration d'employ) cela seroit inutile & ne pourroit operer la subrogation au profit de celuy qui avoit fourny les deniers, & on le jugea ainsi dans la derniere rigueur sur ce fait. Le sieur de Gratot avoit prêté des deniers au sieur de Monbosc, pour faire cesser le decret de la terre de Colomby, avec stipulation qu'en payant les creanciers l'on feroit déclaration que les deniers provenoient de luy, aux fins d'obtenir la subrogation; le Procureur du creancier n'ayant point voulu souffrir que cette déclaration fut inserée dans le corps du Contrat, on ajoûta ces termes à la fin d'iceluy; & à l'instant ledit sieur de Monbosc reconnut que les deniers par luy payez provenoient du sieur de Gratot, consentant qu'il demeurast subrogé aux aux droits & hypotheques dudit creancier. Le sieur de Gratot ayant continué le decret de la terre de Colomby, quoy qu'il eust esté confirmé par plusieurs Arrests, neanmoins parce que la déclaration d'employ n'étoit point inserée dans le corps du Contrat, mais aprés la signature des parties, l'on jugea que la subrogation n'étoit point valable, & tout ce qui fait avoit esté au decret fut cassé. Il est vray que le sieur de Gratot s'étant pourvû par Lettres de requeste civile; & l'affaire ayant esté évoquée & renvoyée au Parlement de Paris, les Lettres de reque-

ſte civile furent enterinées, & la ſubrogation jugée valable; mais il y avoit des circonſtances particulieres qui rendoient la cauſe du ſieur de Gratot fort favorable; car dans la queſtion generale, il eſt ſans difficulté que la déclaration d'employ doit eſtre inſerée dans le Contrat, autrement quand elle ſeroit ajoûtée à l'inſtant elle ne pourroit ſervir.

La déclaration d'employ des deniers doit eſtre employée au Contrat pour la ſubrogation.

Nous aprenons par les Arreſts du Parlement de Paris, rapportez par Monſieur Loüet, l. C. n. 38. & par Monſieur le Preſtre, Centur. 1. c. 69. que l'on avoit revoqué en doute ſi la ceſſion faite par le creancier, ou par le debiteur aprés l'obligation acquitée étoit valable? Car ſuivant la Loy *Modeſtinus. D. de ſolut.* la ceſſion qui n'eſt point faite *in continenti, ſed ex intervallo* n'eſt point conſiderable. La Gloſe ſur cette Loy, & les Docteurs faiſoient diſtinction entre le payement fait par un étranger & celuy fait par le debiteur; au premier cas, *extraneo ſolvente ceßio fieri debebat in continenti*; mais quand la ceſſion étoit faite par le debiteur, & qu'il paroiſſoit que le rembourſement avoit eſté fait des deniers empruntez pour cet effet par le debiteur, elle étoit valable.

Toutes ces difficultez ont ceſſé depuis la Déclaration de Henry IV. du 1. May 1609. qui contient que *ceux qui fourniront leurs deniers aux debiteurs de rentes conſtituées avec ſtipulation expreſſe de pouvoir ſucceder aux hypotheques des creanciers qui ſeront acquittées de leurs deniers, & deſquels iceux deniers ſe trouveront avoir eſté employez à l'acquit d'icelles rentes, arrerages d'icelles, & autres ſommes par déclaration qui ſera faite par les debiteurs lors du racquit & rachat, ſeront & demeureront ſubrogez de droit aux droits, hypotheques, noms, raiſons & actions deſdits anciens creanciers, ſans autre ceßion & tranſport d'iceux.* De ſorte qu'aux termes de cette Déclaration il ſuffit qu'en baillant ſes deniers au debiteur il y ait convention & ſtipulation de pouvoir ſucceder, & déclaration de l'employ des deniers, mais il n'eſt point neceſſaire qu'il y ait une ceſſion expreſſe d'actions.

Mᵉ Julien Brodeau en ſon Commentaire ſur Mr Loüet, l. C. n. 38. demeure d'accord qu'il eſt bien au pouvoir du debiteur de ſubroger celuy qui luy fournit des deniers en l'hypotheque commune, mais que quand il s'agit d'une hypotheque ſpeciale & privilegiée, il luy ſemble que le conſentement, la

convention & subrogation du debiteur ne soit pas suffisante, sans le fait & le consentement du creancier privilegié, parce que le premier privilege de l'hypotheque speciale est personnel, qui ne peut par consequent estre transferé en la personne d'un tiers sans le fait du creancier privilegié. On peut dire au contraire que le creancier ne pouvant refuser le remboursement de sa dette, encore bien qu'il luy fust offert par un étranger, son hypotheque speciale & privilegiée cessant entierement lors qu'il ne luy est plus rien dû, son fait & son consentement pour la subrogation en faveur de celuy qui a presté les deniers dont il est remboursé, sont aussi peu necessaires pour l'hypotheque speciale & privilegiée, comme pour l'hypotheque commune.

En tous les cas où la cession d'actions est requise, cela n'a lieu que pour le regard des actions hypothecaires, car quant aux personnelles il n'est point requis de cession de la part du creancier, ni de convention de succeder de la part du debiteur, il suffit que *constet pecuniam extranei quam mutuò dedit debitori per ipsius debitoris personam ad creditorem pervenisse. l. si ventri. §. ult. de privil. cred.* & *l. 2. de cess. bon. D.* Me Charles Loyseau des Offices, l. 3. c. 8. n. 83. en rend cette raison qu'il est plus malaisé d'acquerir l'hypotheque que le privilege personnel : car pour acquerir l'hypotheque il faut stipuler de nouveau une hypotheque en la chose, l'hypotheque ne pouvant s'acquerir que par une convention expresse, excepté dans les cas où le Droit donne l'hypotheque tacite ; mais cette subrogation que l'on prend du debiteur ne donne que le rang de la premiere dette, & non point la mesme action ou hypotheque. C'est la disposition de la *l. Aristo. D. quæ res pign. obl. poss. etiamsi convenerit ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedes, nisi convenerit, ut eadem tibi esset obligata, neque enim in locum prioris succedere potest qui nihil ipse convenit de pignore.*

Mais pour acquerir le privilege personnel, il n'est pas besoin de stipuler une hypotheque sur la chose, parce que ce privilege personnel s'unit & se joint à l'action personnelle que le nouveau creancier acquiert en prestant son argent au debiteur.

Il reste la troisiéme espece des personnes qui peuvent estre subrogées, à sçavoir le creancier posterieur qui acquite une an-

tienne dette, mais cettui-cy n'a point besoin de subrogation ni de cession d'actions, parce qu'il est subrogé de plein droit, la raison est qu'il est reputé faire ce payement pour assurer sa dette, & demeurer le premier & principal creancier, *l. 1. qui pot. in pign. C.*

Le creancier posterieur entre eu la place du precedent en le remboursant.

Maistre Charles Loyseau des Offic. l. 3. c. 8. n. 66. n'estime pas neanmoins que cela doive avoir lieu parmy nous, parce, dit-il, que cette exception dépend du droit d'offrir, que nous ne pratiquons point en France; & ce droit d'offrir avoit lieu à Rome à cause qu'il n'y avoit que le premier creancier appellé *prior creditor*, qui pust demander le délaissement de l'heritage hypothequé ou le faire vendre, & qu'ainsi n'y ayant que le premier & principal creancier, les creanciers posterieurs pour pouvoir se faire payer pouvoient luy offrir le payement de sa dette, & en vertu de cette offre réelle la Loy les subrogeoit à ses droits: Or puis qu'en France l'on permet à tous creanciers indifferemment de faire decreter l'hypotheque, & qu'ils n'ont pas besoin d'offrir le payement au premier creancier, ils n'entrent point en ses droits s'ils n'en ont cession.

Mais puis que cét Auteur convient que le tiers detenteur de la chose hypothequée est subrogé de plein droit, il semble qu'un creancier posterieur n'est pas moins favorable à succeder de plein droit, sans rechercher trop subtilement une cession d'actions: Aussi par l'Arrest d'Elie que je rapporteray dans la suite, il a esté jugé que le debiteur seul pouvoit donner une hypotheque & un privilege.

Quoy qu'il en soit, le tiers detenteur qui a acquis à charge d'acquiter des dettes, n'a point besoin de stipuler une cession d'actions; car l'on presume en ce cas qu'il y a une convention tacite entre le debiteur qui vend & celuy qui achete, de succeder au premier creancier qui a esté payé de ses deniers, dautant que le debiteur se dépoüillant de la proprieté de la chose hypothequée, il est censé avoir plus volontairement consenty à la subrogation & cession sur une chose qui n'est plus à luy: de sorte que l'acquereur n'a pas besoin de subrogation, *quia tacitè inest juris intellectu, & legis potestate.*

Cette difference entre l'acquereur & le creancier qui preste son argent, est nettement marquée en la *l. Aristo. D. quæ res*

pign. obli. poss. in jus primi succedere non potest is qui nihil ipse de pignore convenit , quo casu emptoris causa melior efficitur , & en la *l. 17. eum qui à debitore. D. qui pot. in pign. hab. is qui à debitore suo prædium obligatum comparavit eatenus tuendus est , quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.*

Il en est de mesme du fidejusseur, parce qu'il n'est pas presumé faire le payement au nom du debiteur, mais pour sa propre liberation ; il est vray que l'on doutoit autrefois si le creancier étant payé par un des cofidejusseurs il pouvoit ceder ses actions: *Cum is qui reum & fidejussorem habens, & ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia præstat actiones, poterit quidem dici jam nullas esse, cum suum perceperit & perceptione omnes liberati sint ; sed non ita est , non enim in solutum percipit , sed quodam modo nomine debitoris vendidit , & ideo habet actiones , quia tenetur ad ipsum ut cedat actiones :* Et suivant cette maxime il a esté jugé que le fidejusseur a récompense sur son cofidejusseur de la moitié de ce qu'il a payé avec les interests, quoy qu'il n'eust pris aucune cession des droits du creancier. Joachim le Seigneur s'étoit constitué en rente au profit du nommé de la Mare, à la caution de Renard & de Mauregard : les biens de Joachim le Seigneur ayant esté vendus, de la Mare ne fut mis en ordre que pour une partie de sa rente , & pour le surplus il en fut remboursé par Mauregard , qui demanda récompense de la moitié de ce qu'il avoit payé montant à 1700 livres, ensemble des interests de cette somme. A quoy Girard qui avoit épousé l'une des filles de Renard, & qui possedoit une partie de ses biens ayant esté condamné, sur son appel il soûtenoit que l'on n'avoit pû le condamner personnellement , n'étant pas heritier de Renard , sa fille qu'il avoit épousée ayant des freres & n'ayant eu que son mariage avenant, pour n'avoir pas esté reservée à partage ; de sorte que quand il auroit eu quelque action contre Renard , il n'auroit pû s'adresser qu'hypothecairement contre les detenteurs de ses biens ; mais qu'il ne le pourroit pas , puisque le creancier ne luy avoit fait aucune cession de ses actions, & partant il n'avoit aucune action contre son cofidejusseur. Greard pour les heritiers de Mauregard soûtenoit que cette cession d'actions ne luy étoit point necessaire , & bien qu'autrefois on en fist difficulté, on avoit fait prévaloir l'équité sur la subti-

la subtilité du Droit, n'étant pas juste que celuy qui s'étoit engagé dans le mesme peril ne contribuast point à la perte, & qu'il ne fust point obligé de récompenser celuy qui avoit tout payé, parce qu'il avoit eu ce desavantage d'avoir esté attaqué le premier. Par Arrest du 5 de Mars 1667. la Cour cassa la Sentence, entant que la condamnation personnelle contre Girard, & le surplus fut confirmé.

On a jugé la mesme chose pour des coobligez & pour des cotuteurs, & pour montrer que l'on ne s'attache plus aux pointilles de Droit, Je rapporteray un Arrest donné sur ce fait. Maistre Guillaume Durand sieur de Bondeville, Lieutenant General au Bailliage de Caux, par le Concordat qu'il fit avec le sieur de Cauquigny pour ladite Charge de Lieutenant General, se chargea d'acquiter ses plus anciennes dettes, qui luy furent designées par son concordat. En execution d'icelles & de plusieurs Arrests il paya le prix entier de son Office; mais Madame de Lionne, & Monsieur le President Amelot son gendre, n'ayant point esté payez, quoy qu'ils eussent opposé au Sceau, le firent adjourner au Parlement de Paris, pour obtenir une condamnation de ce qui leur étoit dû, & pour lesquelles dettes ils avoient opposé au Sceau comme étans creanciers privilegiez, sans avoir égard aux payemens qu'il avoit faits. Durant ces poursuites les Terres de S. Barthelemy & de Cauville ayant esté saisies & adjugées, le sieur de Bondeville opposa, pour faire dire que vû le trouble qui luy étoit formé par les creanciers opposans au Sceau, les creanciers emportans deniers posterieurs aux dettes qu'il avoit acquitées luy donneroient caution : ce qui fut jugé & executé par les creanciers. Enfin le sieur de Bondeville ayant esté condamné à payer les demandes de Monsieur le President Amelot, il fut dit par l'Arrest qu'il demeureroit subrogé aux droits des creanciers qu'il avoit payez, pour se pourvoir comme il aviseroit bon, & défences au contraire. En consequence de cét Arrest, il poursuivit les creanciers qui avoient esté condamnez de luy bailler caution, prétendant qu'on ne luy pouvoit imputer de faute pour avoir payé des creanciers anterieurs au préjudice des opposans au Sceau, parce qu'il ne l'avoit fait que conformément à son Concordat, & en consequence des Arrests qui l'y avoient obligé,

& puisqu'il avoit esté condamné par Arrest du Parlement de Paris à payer Monsieur le President Amelot, il n'étoit pas juste qu'il payast plus qu'il ne devoit. Les creanciers luy objectoient le defaut de subrogation, & qu'ils avoient reçû leur argent sans aucune reservation de sa part. Par Arrest du 5 d'Aoust 1671. au Rapport de Mr. du Houllé, les derniers emportans deniers furent condamnez de rapporter jusques à la concurrence de ce qu'il avoit payé à Mr. le President Amelot. Par Arrest du Parlement de Paris rapporté dans la sixiéme Partie du Journal du Palais, & où la question de Droit est pleinement traitée, il a esté jugé que celuy qui prête ses deniers à un des deux coobligez solidairement à une rente, à la charge qu'ils seroient employez au remboursement de cette rente, à l'effet d'estre subrogé aux droits & hypotheques du creancier, peut poursuivre l'autre coobligé en vertu de la subrogation du creancier portée par la quittance du remboursement.

Cela reçoit beaucoup moins de difficulté entre les heritiers, comme je l'ay remarqué cy-devant: En 1620. Caron se constitua en 71 liv. de rente envers la Housse Receveur des Tailles à Lyons: par les partages faits entre les enfans de Caron, Thomas l'un d'iceux fut chargé de payer cette rente: En 1646. Thomas & Claude Caron s'obligerent solidairement en cent liv. de rente envers le sieur Elie, & ils en destinerent les deniers au rachat de la rente dûë au sieur de la Housse, mais le Contrat de constitution ne faisoit pas mention que les deniers fussent pris pour cét effet; le mesme jour devant les Tabellions & témoins, ledit Thomas bailla une indemnité à son frere, par laquelle il promit d'employer le principal desdits cent livres de rente au rachat de la rente de 71 livres, ce qu'il executa trois jours aprés, & déclara par le Contrat que les deniers dont il avoit fait le rachat provenoient du sieur Elie. Thomas Caron étant decreté, le sieur Elie prétendoit avoir hypotheque du jour de la constitution des 71 liv. de rente; les autres creanciers ne la luy consentoient que de l'année 1646. n'étant valablement subrogé à l'hypotheque du Sr de la Housse, ce qui ayant esté jugé de la sorte par le Bailly de Charleval. Maurry pour le Sr Elie Appellant, disoit que c'étoit assez à l'effet de sa subrogation qu'il fut constant que la rente de 71 liv. eust esté rachetée

de ses deniers, la stipulation expresse de subrogation n'étant point necessaire ; *l. 3. de his qui in prior. cred. C.* Or par le Contrat Thomas Caron avoit déclaré que les deniers provenoient dud. sieur Elie, qu'aprés tout il avoit une stipulation équipollente, à sçavoir celle de Claude Caron caution solidaire, par l'indemnité que son frere luy avoit baillée, & cette stipulation de la caution solidaire servoit au creancier ; car comme le creancier auroit pû s'adresser contre le fidejusseur solidaire, le fidejusseur auroit action contre le principal obligé en vertu de son indemnité : ainsi les creanciers combattent inutilement ledit Elie, puisque la demande de sa caution ne pourroit estre contredite, & quoy que cette caution soit insolvable, cela n'alloit qu'à prendre des Lettres de subrogation aux droits & actions de ce fidejusseur. Du Fey pour les creanciers Intimez, répondoit qu'Elie ne pouvoit estre subrogé à l'hypotheque du sieur de la Housse, n'ayant point stipulé l'employ de ces deniers, suivant la Loy 1. *de his qui in prior. cred.* que la Loy troisiéme du mesme titre, que l'on avoit citée étoit contraire à l'Appellant, en ces termes, *juri & privilegio successisti*, c'est à dire comme l'explique Monsieur Cujas, *cessione & translatione juris factâ* ; & du Moulin a dit que cette Loy se doit entendre de celuy qui étoit déja creancier qui a rachetté une dette ancienne, afin que la sienne fût subrogée, *tunc enim satis est, ut liquidò constet potiorem creditorem pecuniâ dimissum*, mais lorsque c'est un étranger qui n'étoit point encore creancier, il doit suivant la Loy premiere du mesme Titre stipuler necessairement une subrogation. Par Arrest du premier Avril 1653. on cassa la Sentence, & Elie fut mis en ordre de l'année 1621. ce qui reçoit beaucoup de difficulté, neanmoins on jugea qu'un debiteur seul pouvoit donner un privilege & une hypotheque, parce qu'il avoit déclaré lors du rachat que les deniers provenoient de ce dernier creancier.

Le coheritier qui acquitte les dettes dont il est chargé par ses lots, empruntant de l'argent pour cét effet d'un tiers, ne le pourra pas subroger pour luy donner action contre ses coheritiers. Trois freres nommez Talbot, partagerent la succession de leur pere, l'aisné par son partage ayant racheté une rente dont il étoit chargé, & emprunté pour cét effet des

deniers, subrogea son creancier à l'hypotheque de ladite rente, en consequence dequoy ce creancier nommé Gilles de Caën, fit saisir tous les heritages ayant appartenu à Jacques Talbot, & qui avoient esté partagez entre Jacques, Jean & Charles Talbot ses enfans.

Charles Talbot offrit d'abord de payer les 350 liv. de rente qui étoient dûës à de Caën, en le subrogeant à ses droits pour decreter les heritages de leur frere aisné; mais depuis les puisnez mieux conseillez soûtinrent que n'ayant point contracté avec de Caën, ils ne luy étoient pas obligez, & que par consequent ils devoient avoir distraction de leurs biens qu'il avoit saisis. Ledit de Caën pour empescher cette distraction representa que ses deniers avoient esté employez à acquiter les dettes de leur pere ausquelles ils étoient obligez comme ses heritiers, ce qui luy donnoit droit de decreter tout ce qui avoit appartenu à leur pere: le Juge des lieux l'ayant jugé de la sorte, Jean & Charles Talbot s'en porterent appellans à la Cour. De Cahaignes leur Avocat demeuroit d'acord qu'à l'égard des anciens creanciers, ils étoient tous obligez en qualité d'heritiers de leur pere, que les partages qu'ils avoient faits entr'eux ne leur pouvoient faire de préjudice, *ex personâ cohæredum conditio obligationis immutari non potest*; mais à l'égard des freres, l'aisné ayant esté chargé par son lot d'acquitter les dettes, il n'avoit pû par le rachat qu'il en avoit fait, subroger le creancier dont il avoit emprunté l'argent à l'hypotheque des dettes qu'il avoit acquitées, parce que *negotium suum gesserat*, & il n'avoit payé que ce qu'il devoit, que le frere aisné n'avoit pû accorder de subrogation que sur luy mesme; qu'il y avoit eu novation par la liberation & par la nouvelle obligation qu'il avoit contractée en leur absence, & comme à l'égard des cautions le principal obligé qui prend de l'argent pour acquiter sa dette ne peut pas engager ses cautions envers ce nouveau creancier, parce qu'ils ont esté liberez par l'extinction de la dette à laquelle ils étoient intervenus, de mesme la nouvelle obligation contractée par le frere aisné ne peut valoir que sur ses biens, puis qu'étant le principal obligé en consequence de la clause portée par les lots en satisfaisant à cette clause, & les creanciers de leur pere estant payez il ne leur restoit plus aucune obligation entr'eux,

Le principal obligé prenant de l'argent pour acquitter sa dette, n'y peut engager ses cautions.

ny par consequent, on ne pouvoit faire aucune subrogation, *nullæ enim supererant actiones, nec ullum debitum.* Dehors pour l'Intimé objectoit aux puisnez qu'ils n'étoient point recevables à cette défense, aprés avoir offert de le payer en le subrogeant à ses droits; ayant ratifié par le moyen de ces offres le Contrat qu'il avoit fait avec leur frere aisné, & qu'étant tous solidairement obligez aux dettes qu'il avoit racquitées, ils étoient naturellement subrogez au droit des creanciers: Par Arrest du 27 de Janvier 1660. la Sentence fut confirmée; mais comme cét Arrest étoit donné contre les regles, Charles & Jacques Talbot appellerent de la saisie réelle de leurs heritages, & de tout ce qui fait avoit esté en consequence, & obtinrent Lettres de récision & de requeste civile contre ledit Arrest: surquoy par Arrest du 31 Mars 1661. par Rapport, la Cour sans s'arrester aux déclarations faites par Jacques Talbot aisné, par le Contrat de constitution desdites 350 liv. de rente envers ledit de Caën & au rachat des 21 liv. de rente en une partie, 261 liv. en une autre, & trois autres parties de rente de l'obligation de Jacques Talbot pere, faits par ledit Jacques Talbot des deniers pris en constitution dudit de Caën, déclara l'hypotheque desdites rentes esteinte à l'égard desdits Charles & Jean Talbot puisnez, comme l'aisné en ayant esté chargé par leurs lots, & à ce moyen ayant égard aux Lettres de récision & de Requeste civile, remit lesdits Charles & Jean Talbot en tel état qu'ils étoient avant leurs déclarations, & ledit Arrest du 27 de Janvier 1660. & en consequence on infirma & cassa la Sentence & ce qui fait avoit esté, & l'on ordonna que les heritages desdits Charles & Jean Talbot seroient distraits du decret comme non hypothequez à la rente dudit de Caën.

Comme il arrive souvent qu'on cede des rentes sur des personnes insolvables, il ne sera pas superflu de remarquer que le vendeur est tenu d'en faire le rachat, & qu'il n'est pas reçû à la continuer, ainsi jugé en l'Audience de la Grand'Chambre le 24 de Janvier 1659. Le nommé Dodeline fit cession au sieur Trevet, Conseiller au Presidial de Roüen, de 21 liv. de rente qu'il avoit à prendre sur le nommé Desmarés, moyennant 300 liv. depuis Trevet ayant vendu cette rente à un autre, & Desmarés étant devenu insolvable, Trevet poursuivit Dodeline pour

Le vendeur d'une rente sur une personne insolvable, est tenu d'en faire le rachat.

faire le rachat de cette rente entre les mains de celuy auquel il l'avoit cedée ; Dodeline s'en défendit par cette raison, qu'il n'avoit vendu qu'une rente, & que par consequent il devoit estre en sa liberté de la continuer ou de la racheter, à quoy il fut répondu par Trevet qu'en achetant cette rente il avoit crû avoir deux obligez, sçavoir le debiteur & son cedant, mais que par l'insolvabilité du debiteur il ne luy en restoit plus qu'un, sçavoir ledit Dodeline son cedant, c'est pourquoy il estoit obligé ou de luy bailler caution ou d'en faire le rachat : Par l'Arrest Dodeline fut condamné d'en faire le rachat dans un an, plaidans Maurry & Lyout.

Enfin l'effet de la subrogation est que quand il y a eu cession de droits faite à qui que ce soit, soit à un estranger ou à un creancier posterieur, à un tiers detenteur, à un cofidejusseur ou un coobligé, le cessionnaire a toutes les prerogatives de l'ancienne dette ; mais l'on demande en ce cas, si la dette cedée passe avec ses charges *& cum sua causa*, de sorte que si c'est une rente constituée qui a suite par hypotheque, elle demeure hypothequée aux dettes du cedant ?

Le cessionnaire a toutes les prerogatives de l'ancienne dette.

Pour résoudre cette difficulté l'on fait cette distinction, ou c'est un étranger qui n'avoit pas le droit d'offrir qui a fait le remboursement au creancier & qui a pris de luy une cession, en ce cas c'est plûtost l'achat d'une rente qu'une extinction de la rente, & c'est pourquoy comme elle a toûjours subsisté & qu'elle est toûjours dûë par le mesme obligé, aussi l'hypotheque en subsiste de la mesme maniere qu'auparavant, & par consequent elle demeure toûjours affectée aux dettes du cedant.

Mais lors que le debiteur subroge luy-mesme en la place de son ancien creancier celuy de l'argent duquel il paye, en ce cas cette action du second creancier n'est pas tout à fait la mesme que le premier avoit, mais une autre toute pareille que le droit subroge au lieu d'icelle ; ce n'est pas la mesme rente mais une nouvelle, encore que l'hypotheque en ait esté conservée pour une plus grande assurance : aussi les Loix ne disent pas que *secundus creditor succedit in actionem primi* ; mais qu'il succede *in locum primi ; id est, in ordinem hypothecæ.*

Ce que je viens de dire que le cessionnaire a toutes les prerogatives de l'ancienne dette, & que le subrogé

peut exercer tous les droits, actions, & hypotheques du subrogeant contre tous les coobligez & cautions, est generalement vray à l'égard de la subrogation conventionnelle, & suivant cette maxime, par un Arrest rapporté dans la septiéme partie du Journal du Palais, il a esté jugé qu'une personne étrangere non obligée à une dette dûë solidairement par plusieurs debiteurs, l'ayant payée à l'acquit de tous les debiteurs, & ayant pris du creancier une subrogation de tous ses droits, noms, raisons, actions & hypotheques, pouvoit exercer cette subrogation generale sur tous les obligez, mesme sur l'un d'eux qui s'étoit obligé d'acquitter les autres.

Mais l'on doute si la subrogation legale a la mesme force, & mesme si la subrogation conventionnelle faite par le debiteur produit le mesme effet à l'égard de la caution; car comme la subrogation legale s'acquiert par d'autres moyens que la conventionnelle, elle peut bien avoir de differens effets: la subrogation qui procede du creancier opere également & solidairement sur tous les obligez, sans distinction de garants, de garantis ny de cautions; au contraire la subrogation legale n'étant souvent donnée que par un seul de plusieurs coobligez, il peut arriver que ce subrogeant bien loin d'avoir luy-mesme une action contre les autres, est luy-mesme obligé de les garantir, & de les acquitter de cette dette, ce qui l'empesche de la pouvoir transmettre sur son coobligé: Et par cette raison, il y a lieu de fonder une difference entre le creancier qui a la faculté & la puissance de subroger sur tous les obligez, & le debiteur qui n'a pouvoir de subroger de luy-mesme que par le secours de la Loy; Mais nonobstant ces raisons, les Arrests du Parlement de Paris ont donné le mesme effet à la subrogation legale qu'à la conventionnelle, & l'ont étenduë sans distinction des garans, des garantis, ny des cautions. L'Auteur qui a rapporté cét Arrest avec toutes les raisons, nous apprend que ces deux especes de subrogation n'ont rien de different dans leur matiere ny dans leur foy, puisque la matiere de l'une & de l'autre sont les deniers d'une tierce personne, lesquels sont substituez en la place de l'ancien creancier que l'on rembourse: & la fin de l'une & de l'autre est égale, puisqu'elles se font toutes deux pour entrer en la place de tous les droits de l'ancien creancier pour les exercer.

De la subrogation legale & de la conventionnelle.

Mais en Normandie l'on a introduit une Jurisprudence particuliere en faveur des cautions, par l'Article 132. du Réglement de 1666. suivant lequel l'obligation du plége est esteinte quand la dette est payée par le principal obligé, lequel neanmoins peut subroger celuy qui a baillé les deniers pour acquiter la dette à l'hypotheque d'icelle sur ses biens seulement, & non sur ceux du plége.

L'obligation du plege est éteinte, quād la dette est payée par le principal obligé.

La faveur du fidejusseur a paru si grande, que pour luy acquerir sa liberation on a voulu que la dette fût parfaitement esteinte par le payement que le debiteur en faisoit, & qu'il n'avoit pas la faculté ni la puissance de transporter sur sa caution un droit qu'il n'avoit pas luy-mesme, ni de l'engager envers un nouveau creancier sans son consentement, quoy qu'il parust juste de faciliter à un pauvre debiteur les moyens de changer un creancier incommode, & que cela ne fist aucun préjudice à la caution qui ne peut pas dire que la dette soit acquitée lors que le debiteur ne paye point de ses propres deniers, mais de ceux qu'il a empruntez & qu'il ne fait que changer de creancier.

CHAPITRE XVI.

De l'Action Hypothecaire & de la Discussion.

L'On travailleroit inutilement pour assurer une constitution de rente en stipulant des hypotheques bonnes & valables, si l'on manquoit de moyens pour contraindre un debiteur morosif d'en payer les arrerages ou par defaut de payement, pour saisir ses immeubles lors qu'ils ne sont plus en sa possession, *nullum erit pignus, si nulla ejus persecutio. l. 27. ff. de Noxal. act.* Or puis que le debiteur peut vendre & aliener ses biens nonobstant qu'il les ait hypothequez, parce qu'il demeure toûjours le seigneur & le proprietaire de la chose engagée, *l. 35. ꝟ. fin. de pignera. act.* & que d'ailleurs il ne peut rien faire qui altere ou qui diminuë le droit qui est acquis à son creancier, la *l. 15. C. de Pign. debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem,*

vel per

vel per fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere debitoris conditionem, il est raisonnable de pourvoir au creancier lorsque le debiteur a contrevenu à son obligation.

Le Droit Romain a eu cette prévoyance; aprés les Titres qui traittent de la constitution des hypotheques & de la maniere de les acquerir & de les assurer; il est parlé des actions qu'elles produisent tant de la part du debiteur contre son creancier, que de la part du creancier contre son debiteur, de la maniere & comment l'on peut vendre les biens du debiteur, soit qu'ils soient encore entre ses mains, ou en celles de ses heritiers, ou qu'ils soient possedez par des acquereurs. C'est la matiere du Tit. *de distract. pignor.*

Cette action est double, elle peut estre exercée par le debiteur contre son creancier aprés l'avoir payé, pour estre restitué des gages dont il l'avoit saisi, ou pour se liberer des hypotheques qu'il avoit contractées. Si le creancier a degradé ou deterioré l'heritage qui luy avoit esté engagé, le debiteur par cette action peut le faire condamner en ses dommages & interests; si le creancier a vendu le gage, & qu'aprés la creance acquitée il reste encore des deniers en ses mains, le debiteur peut le poursuivre par cette action directe pour la restitution d'iceux, *l. creditor. 42. de pign. act. & dicitur actio pignoratitia directa in personam quâ debitor adversus creditorem utitur de pignore restituendo.*

L'autre action s'appelle proprement *hypothecaire*, lorsque le creancier poursuit le detenteur des biens hypothequez pour estre payé de ce qui luy est dû, *hypothecaria tunc dici propriè intelligitur, cùm possessio non est apud creditorem, & ea res vindicatur quæ apud alium est. Donell. de Pign. & hypoth. c. 9.* elle s'appelle aussi, *contraria actio pignoratitia.* Si le contractant a été dépossedé, il peut agir par cette voye pour ses intérests; par exemple si le debiteur avoit engagé une chose qui ne luy appartenoit point, *l. 9. in princ. D. de pign. act. si res aliena pign. data sit.*

L'action du debiteur contre le creancier ne peut avoir lieu que quand le creancier a esté saisi de quelque gage, *rei interventu. §. fin. inst. quib. mod. hypoth. contr.* & il n'importe qu'il ait esté nanty lors du Contrat, ou que la tradition luy en ait esté faite depuis, en quoy elle differe de l'action hypothecaire, *quæ*

L'action du debiteur n'a lieu que quand le creancier est saisi de gage.

nascitur ex solo consensu. l. si tibi decem. de pign. ff. Elle est plus personnelle que réelle, comme il est decidé en la *l. final. C. de distr. Pign.* & elle commence à naistre aussi-tost que le creancier a esté payé ou satisfait entierement de sa dette : car s'il en reste la moindre partie, le creancier n'est point tenu de se dessaisir. *l. quandiu. ff. de distr. pign.* la raison est que son obligation est individuë, & par consequent elle ne peut estre acquittée pour une partie & subsister pour l'autre.

Mais quoy que le creancier ait esté remboursé de sa dette, s'il a fait des impenses necessaires, il peut user de retention ou former cette action pour en estre remboursé. *l. si necessarias impensas, 8. D. de pigner. act.* Il ne faut pas toutefois suivant le temperament que le Jurisconsulte rapporte en la *l. si servos. 25.* au mesme Titre, que ces impenses ou augmentations se montent à des sommes si grandes, qu'il soit fort incommode, & mesme impossible au debiteur de les rembourser; Car suivant le raisonnement du Jurisconsulte en cette mesme Loy, *Sicut negligere creditorem dolus & culpa quam præstat non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recuperandam.*

S'il arrive que le gage dont le creancier avoit esté saisi, ou la maison dont il joüissoit par engagement ait esté détruite par quelque cas fortuit, qui sera tenu du creancier ou du debiteur, d'en porter la perte ? En ces rencontres l'on suit les distinctions contenuës dans la *l. contractus. 23. de Regul. jur.* & l'on examine d'abord en faveur de qui le Contrat a esté fait, parce que c'est une regle que la perte tombe sur celuy qui en reçoit le profit; par exemple le dépost se fait en faveur de celuy qui baille son argent à garder, & par cette raison le dépositaire n'est tenu que de son dol, & la negligence ne luy peut estre imputée, parce qu'en voulant bien se charger du dépost il n'a fait qu'un office d'amy; mais celuy à qui l'on preste quelque chose gratuitement, comme ce prest ne se fait qu'en sa faveur, il doit apporter toute l'exactitude possible pour la conservation de la chose prestée, autrement il est tenu d'en répondre, *de dolo, latâ culpâ, levi & levissimâ tenetur*, & cependant il n'est pas responsable des cas fortuits; si au contraire le Contrat est fait en faveur de l'un & de l'autre, comme dans les Contrats d'engage-

Le detriment du gage tombe sur celuy qui en reçoit le profit.

Le prest oblige celuy à qui il est fait, à en répondre.

ment & hypothecaires, parce que d'un côté le debiteur y trouve son avantage par le moyen de l'argent qu'il reçoit & dont il a besoin, & d'autre côté le creancier y profite par l'interest qu'il tire de ses deniers, si la perte du gage arrive, le creancier qui en estoit saisi n'en est point responsable, pourvû qu'il apporte pour le garder autant de soin & de precaution que feroit un pere de famille exact & diligent : *satis est si creditor præstet dolum & latam culpam & etiam levem, id est si pignus ita custodiat, ut communiter diligentes homines facere solent, sed non tenetur de levissimâ, id est, si non facit quod solent cautissimi, Sichardus ad tit. de Pign. & Hypoth.*

C'est la disposition de la *l. 14. D. de pigner. act. ea quæ diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet à creditore exiguntur*; le creancier n'est responsable que du dol & d'une negligence grossiere.

Le creancier n'est pas aussi garant ni responsable d'une force majeure, *l. 13. §. ult. de pign. act.* de sorte que si quelqu'un s'étoit saisi du gage par son autorité ou par violence, & que par aprés il le rendît en mauvais estat, le creancier ne porteroit pas la diminution qui seroit arrivée, *l. ult. §. ult. eodem.*

Le profit & la perte qui arriveroit fortuitement en la chose engagée ne regarde que le debiteur, *quidquid commodi aut incommodi fortuitò pignori accessit, id ad debitorem pertinet. l. 2. §. quidquid. D. de pig.*

Mais comme il arrive rarement que pour une simple constitution de rente le debiteur veüille se dépoüiller de la possession de son bien, cette action en restitution de gages ne se pratique gueres: lors que le debiteur se libere, il reprend ses Contrats où il les fait émarger;au contraire comme le debiteur a la faculté de disposer de ses biens nonobstant les simples hypotheques qu'il a contractées sur iceux, l'action hypothecaire est fort commune & la connoissance en est fort necessaire.

Suivant la Jurisprudence Romaine, les hypotheques ne pouvoient estre poursuivies que par action, parce que leurs Contrats n'avoient pas une execution parée comme en France, & ils appelloient cette action *quasi Servianam*, ou *utilem Servianam*, parce qu'elle fut introduite à l'exemple de l'action Serviane qui fut établie par le Preteur *Servius*, pour les meubles des locatai-

res trouvez dans les maisons qu'ils tenoient à loyer ; & qui estoient tacitement affectez au payement de ces loyers. *l. item Serv. de act. Inst. & hæc actio in rem est*, comme il est dit en la *l. 17. D. de pig. & hyp. pignoris persecutio id rem parit actionem creditori.*

De l'action hypothecaire.

Les Docteurs, & notamment Charondas en ses Pandect. du Droit François. l. 4. c. 23. divisent la matiere de l'action hypothecaire en trois parties : ils traitent dans la premiere, de la nature de cette action, & en quel cas elle peut competer ; dans la seconde, l'on examine quelles personnes peuvent l'intenter, & contre quelles personnes elle peut estre exercée ; & dans la troisiéme, l'on apprend en quel cas il y a ouverture à cette action, ce qu'il faut prouver pour en obtenir l'effet, & comment le libelle en doit estre formé.

La nature de cette action est d'estre individuë, *tota est in toto, & tota in qualibet parte*, parce qu'étant réelle & ayant pour objet & pour fondement des choses & des corps indivisez, sa nature est aussi individuë, & c'est pourquoy elle peut estre exercée contre un seul possesseur pour le tout, soit qu'il soit heritier ou simple acquereur de partie des biens des obligez, parce que l'obligation est solidaire & indivisible, *quia qualibet res est in solidum obligata creditori. l. 1. c. si unus ex plur.* & quoy qu'une partie de la dette ait esté acquitée, l'obligation solidaire subsiste sur tous les biens pour ce qui reste à payer, *l. quamdiu, C. de distr. pign.* & il est en la liberté du creancier de s'adresser sur telle partie des biens obligez qu'il luy plaist, & de les faire saisir pour le payement entier de sa dette. *l. cred. ff. de distr. pign.* quelques-uns cependant ont douté si l'hypotheque estoit tellement individuë que chaque chose hypothequée fust chargée de toute la dette, l'hypotheque ayant deux égards, l'un à la dette pour laquelle elle est contractée, l'autre à la chose sur laquelle elle est constituée : Pour la dette l'on convient que l'hypotheque en est solidaire & individuë, tout le bien obligé ne pouvant estre déchargé qu'aprés le payement entier de la dette ; mais pour la chose hypothequée l'on peut douter si chaque partie d'icelle est tenuë pour toute la dette, sur tout lors qu'elle n'est plus en la possession de celuy qui l'a hypothequée ou de son heritier, mais en celle de l'acquereur qui n'est tenu de la dette qu'à cause qu'il possede une partie de la chose hypothequée, c'est cependant l'opi-

tion commune de toute la France, que l'action hypothecaire est solidairement individuë, & que *competit in solidum adversùs singulos possessores.* Loyseau du Deguer. l. 2. c. 11. L'action hypothecaire est individuë.

Cette action appartient au creancier & à ses heritiers, & mesme à ceux qui ont cession de ses droits & qui entrent en sa place, & ils la peuvent exercer contre le debiteur, contre ses heritiers, & contre les detenteurs des biens hypothequez, parce que c'est une action réelle, *quæ sequitur fundi possessorem*, ce qui sera plus amplement expliqué dans la suite.

Le debiteur ne peut demander la discussion de ses biens, parce qu'il n'a que ces deux voyes, ou de payer ses dettes ou de faire cession de biens, *aut cedat aut solvat.* Mr Faber en son Code *de satisdat. definit. 14. n. 7. l. 1. C. qui bon. ced. pot.*

Mais suivant le Droit commun, le tiers détenteur qui a acquis sans charge d'hypotheque peut demander la discussion en plusieurs cas: Premierement, le creancier peut estre contraint de discuter l'hypotheque speciale, s'il n'a pas usé de cette précaution d'employer dans son Contrat, sans que la speciale déroge à la generale. Le debiteur ne peut demander la discussion de ses biens.

En second lieu s'il y a ouverture à cette action du jour du Contrat, lors qu'il est pur & simple, & dans les Contrats conditionnels du jour que la condition a esté accomplie & qu'elle a eu son effet: mais quand le creancier s'adresse au tiers detenteur il doit prouver que la chose appartenoit à son obligé lors qu'il a contracté avec luy, ou que depuis il l'ait acquise, ou que par quelqu'autre voye il en soit devenu proprietaire, & la conclusion que l'on doit prendre par le libelle de cette action est que la chose soit declarée affectée & hypothequée à la dette, & en consequence que le debiteur ou autre detenteur de la chose hypothequée & engagée soit condamné de la delaisser par hypotheque au creancier, *hac enim actio possessionem avocat. l. si cum venditor. ff. de evict.* Mais en France l'on renverse ordinairement cet ordre, & l'on conclud que les detenteurs soient tenus hypothecairement de payer, ou en tout cas de délaisser l'heritage pour étre vendu par decret, ou bié pour faire declarer l'heritage affecté ou hypothequé au creancier de quelque nature que puisse estre la dette, soit une redevance fonciere ou une rente, ou une simple dette; mais en Normandie l'on n'est point obligé de

Les acquisiteurs ne sont tenus de quitter l'heritage acquis qu'aprés la saisie réelle.

prendre cette conclusion contre les acquereurs & biens tenans; ils ne sont point tenus de délaisser l'heritage par eux acquis qu'aprés la saisie réelle, & c'est pourquoy l'on ne peut conclure contr'eux qu'ils soient condamnez de payer les arrérages & la dette ou qu'ils ayent à déguerpir, mais aprés leur refus de payer, le creancier est obligé de se pourvoir par saisie réelle.

J'ay remarqué que cette action peut estre intentée contre le debiteur, son heritier, ou les detenteurs des biens engagez, mais selon la differente qualité des choses dûës, & des personnes elle produit des effets differens. A l'égard de la chose duë, il y a difference entre les rentes foncieres & les rentes constituées : La premiere est, que pour les rentes foncieres le détenteur peut estre convenu personnellement, mais pour les rentes constituées il ne peut estre poursuivy qu'hypothecairement, lors qu'il n'en a point fait de reconnoissance, & qu'il ne s'y est point obligé personnellement : La seconde, que pour les rentes foncieres on n'y est obligé que quand on possede le fonds, s'il n'y a point d'obligation generale ; mais pour les rentes constituées le debiteur n'en est pas déchargé, quoy qu'il aliene tous les biens qu'il y avoit hypothequez : La troisiéme, le possesseur à la charge d'une rente fonciere s'en libere en déguerpissant le fonds, mais le debiteur de la rente constituée ne cesse d'estre obligé que par le payement de la dette. Pour les actions nous en faisons de trois sortes : La premiere, qui a lieu contre le debiteur ou son heritier, qui est la *personnelle :* La seconde, contre les détenteurs des biens hypothequez, qui est la *simple hypotheque :* Et la troisiéme, en laquelle le creancier poursuit seulement les détenteurs, en *declaration d'hypotheque.*

Difference entre les rentes foncieres & les constituées.

L'heritier est tenu de deux actions, la personnelle & l'hypothecaire: En vertu de l'action personnelle, par le Droit Romain il n'est tenu que pour sa part & portion, & en vertu de l'action hypothecaire il est tenu solidairement, & mesme entant que l'heritier est obligé personnellement il a le benefice de division, *actio quidem personalis in singulos hæredes pro singulis portionibus quæsita scinditur. l. 2. C. si unus ex plur. hæred.* & entant qu'il est tenu hypothecairement, quoy qu'autrefois l'heritier ne fust tenu solidairement, cependant dans la mesme Loy *Pignoris jure multis obligatis rebus quas diversi possident, cum ejus vin-*

dicatio non personam obliget, sed rem sequatur, qui possident tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum, mais par l'Authentique *hoc si debitor. C. de Pign.* ils ont le benefice de discussion, *alio verò possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter cum reo actum sit.*

Suivant nos principes l'heritier ne peut avoir la division, parce que tous les heritiers sont tenus personnellement & solidairement aux dettes du défunt de quelque nature qu'elles soient, & ils ne peuvent demander la discussion, parce qu'ils sont obligez personnellement; de sorte que sans user de tant de détours le creancier se peut faire payer solidairement sur chaque heritier sans division, en quoy nostre usage est different de celuy de France, car lors que l'heritier n'est point biens tenant, & que l'action hypothecaire n'est point jointe à la personnelle, il n'est tenu que pour sa part & portion hereditaire, mais s'il est détenteur d'heritages qui ayent appartenu au défunt lesquels ayent esté obligez à ses dettes chacun des heritiers est obligé pour le tout. L'heritier est tenu personnellement & solidairement aux dettes du défunt.

La seconde action qui est la pure hypothecaire a lieu contre les detenteurs des heritages hypothequez par le debiteur qui peut estre exercée indistinctement pour toutes sortes de dettes, tant pour les rentes foncieres que pour les rentes constituées, car l'hypotheque est une charge réelle qui suit le possesseur du fonds & qui n'est point détruite par l'alienation que le debiteur en fait. L'hypotheque est une charge réelle qui suit le fonds.

Cependant le tiers detenteur n'est tenu & ne peut estre poursuivi qu'hypothecairement & non personnellement, comme dans la Coûtume de Paris Article 100. où le detenteur est tenu personnellement des arrerages, parce que nous gardons cette maxime que *nunquam personalis actio transit in singularem successorem rei obligatæ l. 2. si adv. cred. C.* Aussi Mᵉ Charles Loyseau a prouvé par plusieurs raisons que la Coûtume de Paris est injuste & qu'il en resulte des absurditez insuportables; & c'est pourquoy elle doit estre renfermée dans son territoire, sans l'étendre aux autres Coûtumes & dans son Traité du Deguerp. l. 2. c. 6. il découvre la source de cette erreur, qui vient de ce qne l'on tenoit autrefois que les rentes constituées à prix d'argent n'étoient valables que lors qu'elles étoient particulierement

assignées sur un certain heritage qui en demeuroit chargé, & non sur la personne du constituant, & en consequence l'acquereur de cét heritage chargé & redevable de la rente pouvoit estre poursuivy personnellement comme pour une rente fonciere, mais cette maniere de constituer les rentes par assignat s'étant trouvée tres-incommode, la faculté de pouvoir aliener le fonds hypothequé étant demeurée au debiteur, on n'a pas trouvé juste que l'acquereur qui n'avoit point esté chargé de la rente pûst estre poursuivy personnellement, mais seulement par la voye hypothecaire, quoy que la rente qu'il avoit acquise fust specialement affectée sur le fonds qu'il avoit acquis.

Le tiers acquereur n'est point tenu d'action personnelle.

Non seulement le tiers acquereur n'est point tenu d'aucune action personnelle, mais il a mesme en plusieurs lieux cette prerogative de ne pouvoir estre dépossedé qu'aprés discussion faite des biens du principal obligé. Le benefice de discussion est une exception dilatoire que celuy qui est attaqué peut opposer pour empescher sa condamnation ou sa dépossession, en renvoyant le demandeur contre un tiers.

Lorsqu'elle est formée contre le debiteur ou ses heritiers elle est mixte, personnelle & réelle, & elle tend à contraindre le debiteur à payer, ou à vendre ses biens; l'action contre le tiers detenteur est simplement réelle, pour faire dire & declarer la chose hypothequée pour estre saisie & venduë si mieux il n'ayme payer sa dette: La discussion peut estre demandée par ceux qui ont acquis des heritages qui se trouvent hypothequez à d'autres creanciers: *Authent. hoc si debitor. C. de pign.*

En Normandie, comme je l'ay déja remarqué ailleurs, la discussion n'est point necessaire, mais l'on permet aux creanciers hypothecaires de s'adresser directement aux proprietaires & detenteurs de l'heritage hypothequé. Ils peuvent neanmoins donner d'autres biens appartenans à leur debiteur pour estre decretez à leurs perils & fortunes: que si le detenteur est contraint de payer la dette pour empescher sa depossession, il peut demander que le creancier soit condamné de le subroger en ses droits; ce qui ne peut luy estre refusé.

Par l'Article 100. de la Coûtume de Paris, & par le Droit commun de la France; il y a trois cas ausquels le tiers détenteur ne peut requerir la discussion: Le premier, quand les heritages

ritages qu'il tient sont specialement obligez: Le second, quand il y a generale obligation sans specialité: Le troisiéme, quand il y a clause, que la speciale hypotheque ne déroge à la generale, ny la generale à la speciale. De Lommeau en ses maximes du Droit François. l. 3. c. 11.

Le privilege de la discussion est accordé au fidejusseur: le Droit Romain est exprés en leur faveur. *Auth. sed hodie de obl. & act.* mais ils doivent la demander avant contestation, car aprés avoir contesté au fonds l'on n'y est plus reçû. Cette discussion est requise en plusieurs cas, comme en la *l. 3. C. de conv. fisc. deb. l. 1. de Dec. eodem. Auth. novo jure. C. de obl.* Elle doit estre faite generalement de tous les biens du debiteur, s'ils ne sont litigieux; mais on a demandé si l'on doit discuter tous les biens en quelque lieu qu'ils soient. Suivant la plus commune opinion elle n'est pas necessaire pour les biens scituez dans une autre Province, & sous un autre Prince, ce qui a esté jugé au Parlement de Paris, & suivant l'Auth. presente & le sentiment des Glossateurs sur cette loy; lors que le debiteur est absent, ou qu'il n'a plus de domicile dans le lieu où l'obligation a esté contractée, le creancier est dispensé de faire la discussion de ses biens. Au contraire il y a plusieurs cas où la discussion n'est point necessaire comme à l'égard du fidejusseur qui se'st obligé solidairement avec le principal debiteur, ou qui a renoncé au benefice de la division, & à tous les privileges qui luy sont accordez par le Droit Romain; à sçavoir, *privilegio epistolæ. D. Adriani beneficio cedendarum actionum & beneficio novæ constitutionis de duobus reis*, ou bien lors que c'est une caution judiciaire, *judicatum solvi*, car aprés la condamnation du principal obligé, la caution peut estre contrainte sans discussion. *Secundò* la discussion ne peut estre demandée lors que le debiteur est notoirement insolvable, *notorium enim relevat ab onere probandi; Gl. in l. decem. de verb. obl.* & l'on ne peut douter de son insolvabilité quand il a fait cession de biens, ou qu'il a esté decreté, ou lors qu'il paroît par des circonstances assez fortes que la discussion seroit inutile. Le Fidejusseur ne peut aussi demander la discussion, si le principal obligé est puissant, & qu'il soit malaisé de se faire payer sur ses biens: *Non solvendo dicitur ille, qui propter potentiam exigi non potest. Baldus in cap. contingit de dolo*

Le creancier n'est pas obligé de discuter des biens litigieux, ny hors Provinces.

& contum.in 6. Si un Prince ou un Grand Seigneur de difficile discussion, avoit vendu une partie des biens qu'il avoit affectez à ses dettes, l'acquereur ne pourroit contraindre le creancier à discuter le reste des biens de ce Prince, mais il pourroit s'adresser directement contre luy: Le Prestre, Centur. 1. c. 76. encore que l'heritage fût situé en une Coûtume qui requiert discussion.

Si le creancier étoit debiteur de la caution, & qu'il demandât la compensation, la caution ne seroit pas recevable à soûtenir que ce creancier devoit auparavant discuter les biens du principal obligé. C'est le sentiment de Balde sur la *l. exceptiones circa princip. c. de Quiet.* Si la caution succede au debiteur, il n'y a plus lieu à la discussion, parce que l'obligation fidejussoire est éteinte; Si la caution avoit empêché l'execution que le creancier prétendoit faire sur les biens du debiteur, ou que par quelqu'autre voye il s'y fut opposé mal à propos, il ne pourroit plus assujettir ce creancier à la discussion, étant déchû de ce privilege par sa faute.

La discussion ne peut estre opposée lorsque ce tiers détenteur est un des heritiers de l'obligé, car encore que suivant les principes du Droit il ne soit tenu personnellement que pour sa portion hereditaire, toutefois il peut estre poursuivy hypothecairement, *intercessionis obligatione finitâ velut principalis tantùm debitoris heres conveniri potest. l. Fidejussoris. 24. c. de Fidejuss.* Celuy qui a acquis à charge de payer une rente ne peut aussi demander la discussion, car suivant le sentiment de Loyseau, du Deguerp. l. 3. c. 8. il est tenu personnellement envers le creancier, mesme sans cession d'actions du vendeur, car il ne peut pas demander que celuy qui auroit son recours contre luy fust discuté avant luy. Loyseau au mesme lieu a remarqué plusieurs cas où la discussion n'est pas necessaire.

Les Coûtumes de France ne sont pas toutes si favorables aux tiers détenteurs que le Droit Romain. Il y en a qui font de trois sortes d'obligations; la *personnelle*, la *réelle*, & l'*hypothecaire*, & de cés trois obligations naissent trois actions; la *pure personnelle*, qui peut estre formée contre les preneurs & debiteurs, & contre les heritiers; & la *réelle*, qui est l'action en interruption d'hypotheque, & l'*hypothecaire*; Et suivant la Coû-

tume d'Anjou, Art. 483. & 484. le creancier se peut adresser contre chacun des détenteurs sans discussion, à la réserve de la dette personnelle à une fois payer, pour laquelle l'on est obligé de faire des diligences contre le principal debiteur, s'il ne paroissoit insolvable. La Coûtume de Sens, Art. 132. ayant distingué trois sortes de rentes, elle distingue aussi comment & quand la discussion est requise; Par l'Art. 132. l'action personnelle a lieu pour les rentes foncieres, & par l'Art. 142. les rentes constituées sur certain heritage peuvent estre demandées par l'action hypothecaire sans discussion, & par l'Art. 135. pour les rentes volantes qui sont les rentes constituées à prix d'argent sans assignat sur un certain fonds, l'action hypothecaire n'a lieu contre le tiers detenteur qu'aprés discussion.

D'autres Coûtumes de France, ordonnent la discussion en toutes sortes d'hypotheques : Clermont, Art. 38. Chaalons, Art. 131. Quelques Coûtumes au contraire, permettent indistinctement d'intenter l'action hypothecaire contre le tiers detenteur, sans discuter les biens du principal obligé, soit que l'hypotheque soit generale ou speciale; on en allegue cette raison qu'une partie des biens du debiteur n'est pas plus obligée ny hypothequée qu'une autre, lors qu'il y a une hypotheque generale sur tous ses biens, & que d'ailleurs les rentes constituées équipollent à de veritables rentes & alienations, suivant l'Extravag. *Regimini de Empt. & vend.* aux Decret. C'est à dire que le vendeur de la rente est censé se dessaisir des heritages qu'il hypotheque, & en consequence que l'acquereur de la rente se peut adresser directement au detenteur de l'heritage comme le fonds luy appartenant. Paris, Art. 101. Anjou, 475. & 483. & c'étoit l'ancienne Jurisprudence du Droit Romain, & suivant ces Coûtumes le tiers acquereur d'un heritage affecté à une rente constituée est tenu personnellement de payer les arrerages échûs pendant sa detention. Enfin quelques Coûtumes font distinction entre l'hypotheque generale & la speciale : Pour la premiere, la discussion est necessaire & non pour la seconde. Orleans, Art. 436. Tours, 217. Nostre Coûtume, comme plusieurs autres, permet au creancier de s'adresser aux acquereurs soit que l'hypotheque soit generale ou speciale.

Mais dans les Coûtumes qui ne determinent rien sur cette

matiere, les avis ont esté differens sur ces deux questions. La premiere, si l'on doit suivre la disposition du Droit Romain, ou celle de la Coûtume de Paris, comme la Capitale du Royaume; & la seconde, si admettant la discussion pour l'hypotheque generale elle estoit aussi necessaire pour la speciale, & si le creancier d'une rente constituée qui avoit une hypotheque speciale pouvoit directement s'adresser sur le detenteur de la chose, sans faire aucune discussion de l'obligé & de ses cautions.

Sur le premier Article, c'est le sentiment de Me Charles Loyseau du Deguerp. l. 3. ch. 8. n. 4. que dans les Coûtumes qui n'en ont point parlé, l'on doit plûtost suivre la disposition du Droit Romain, que celle de la Coûtume de Paris, parce qu'elle est plus équitable & plus conforme au Droit François, car puis qu'on accorde le benefice de la discussion au fidejusseur qui n'y a point renoncé, il y a plus d'apparence de faire la mesme faveur au tiers detenteur qui est en bonne foy lors qu'il n'a point esté chargé de la rente, & qui peut estre n'en avoit aucune connoissance, au lieu que le fidejusseur s'est obligé volontairement. De la Lande sur l'Art. 436. de la Coûtume d'Orleans dit, que le Parlement de Paris a terminé cette question, en ordonnant que le benefice de discussion doit estre observé, mesme en hypotheque speciale dans les lieux où les Coûtumes ne disposent au contraire. Monsieur le Prestre, Centur. 1. c. 76. Loüet & son Commentateur, l. F. n. 9. mais si l'obligé personnellement demeure en un endroit, & que les immeubles qu'il a vendus depuis qu'il s'est constitué soient scituez en un autre où l'usage est different, sera-t'on tenu de se regler par la Coûtume du debiteur, ou par celle du lieu où sont les heritages? L'on répond, qu'il faut suivre l'usage du lieu où les heritages sont situez, parce que la discussion s'execute sur le fonds.

L'on suit la Coûtume du lieu où les heritages sont situez pour la discussion.

Pour la seconde question il y a eu diversité d'avis. Le creancier se fondoit sur ce que l'hypotheque speciale doit operer quelque chose de plus que la generale, parce que comme dit Balde sur la *l. liberatio de serv. pign. dat. man. C. quod specialiter declaratur, validiùs operatur quàm quod in genere prædicatur*: Le tiers detenteur s'appuyoit sur l'Auth. *sed hodie. C. de obl. & act.* qui introduit la discussion en faveur du tiers detenteur, que s'il estoit autrement, les debiteurs ne pourroient jamais dispo-

ser de leur bien, que les creanciers sont sans interest lors que leur debiteur est solvable; & qu'en France l'hypotheque generale & speciale ne different en rien, & qu'elles ont un mesme effet.

Quelques-uns ont fait difference entre le debiteur & le tiers detenteur, & disent que le debiteur mesme pouvoit opposer la discussion à son creancier; lors qu'il y avoit une hypotheque speciale, suivant la *l. 2. C. de Pign.* mais on répond au contraire que cette Loy ne s'entend pas du debiteur & du creancier, & qu'elle n'a lieu qu'entre les creanciers.

Mais sur la question, si le tiers detenteur d'un heritage specialement obligé à une rente constituée à prix d'argent peut être convenu avant la discussion des biens du debiteur generalement hypothequez à la dette: le Parlement de Paris a donné plusieurs Arrests, par lesquels il a esté jugé que nonobstant la speciale hypotheque, le creancier hypothecaire avant que de pouvoir contraindre, le tiers acquereur est tenu de discuter les biens qui sont en la possession du debiteur & de tous autres personnellement obligez: cette Jurisprudence fondée sur cette raison, que les creanciers avares & rigoureux trouveroient moyen de tenir en tutelle leurs debiteurs, en leur faisant obliger specialement tout leur bien. Loüet, L.H. n.9. Loyseau du Deguerp. l.3. c.9. de la Lande sur l'Art. 436. de la Coûtume d'Orleans. Goujet des Hypotheques; le Prestre, Centur. 1. c.76.

En Normandie nous suivons l'ancien Droit Romain, & l'ancien usage de la France, remarqué par Masuer; & la discussion n'est point necessaire, soit que l'hypotheque soit generale ou speciale, la chose hypothequée & depuis venduë peut estre saisie sur le tiers detenteur, bien que le debiteur soit present & solvable; si cependant le tiers detenteur veut indiquer des biens appartenans au debiteur, & en bailler les tenans & aboutissans pour estre decretez à ses perils, il y est reçû & en ce cas le creancier est tenu de les discuter, & c'est aussi ce que nous pratiquons, sans distinguer si l'hypotheque est generale ou speciale, & toutefois si le decret des heritages indiquez estoit malaisé, & qu'il y eust des oppositions, l'acquereur seroit obligé d'avancer les frais & de faire lever les oppositions. Nostre usage est conforme aux Coûtumes voisines; Paris, Art. 101. Charondas expliquant les paroles de cet Article, *sans qu'il soit besoin de discussion*, dit

que cela ne se pratiquoit dans l'ancien Droit François que pour les rentes foncieres, mais que depuis il a esté estendu aux rentes constituées contre le tiers detenteur, qui ne peut demander la discussion, bien que l'heritage qu'il possede ne soit pas specialement obligé à la rente.

C'est aussi la disposition de la Coûtume d'Anjou, Art. 475. & 483. du Pineau sur cet Article, estime que sous la Coûtume d'Anjou, l'on peut dire & conclure que le creancier d'une rente fonciere ou constituée par une hypotheque universelle n'est tenu de discuter le principal debiteur. Monsieur d'Argentré sur l'Art. 273. de la Coûtume de Bretagne, *C. de Hypoth. præsc. n. 14. multis, inquit, casibus discussionem non exigimus veluti in hypotheca & perpetuò duratura pro debito successivo, quo casu directò agimus adversùs possessorem specialium hypothecarum :* Il faut cependant remarquer qu'en ces Coûtumes d'Anjou & de Bretagne, l'on admet la discussion pour les dettes personnelles à une fois payer.

Que si la discussion n'est pas requise pour les rentes constituées à prix d'argent, elle est beaucoup moins necessaire pour les rentes foncieres, lors que le fonds qui y est sujet a esté aliené sans charger l'acquereur de la rente, parce que le Seigneur de la rente fonciere a un droit réel beaucoup plus fort que celuy de l'hypotheque.

Mais quoy qu'en Normandie le tiers acquereur ne puisse demander la discussion qu'à ses perils & fortunes, il a toutefois cet avantage qu'il ne peut estre dépossedé que par la saisie réelle, n'estant point tenu de délaisser l'heritage, comme on le pratique dans la Coûtume de Paris : c'est la disposition expresse de l'Article 120. du Reglement de 1666. *Le tiers acquereur ne peut estre contraint de déguerpir ou delaisser ses heritages aux creanciers hypothecaires, & il ne peut estre dépossedé que par la saisie réelle.*

Cela est sans difficulté à l'égard du creancier qui n'a qu'une simple hypotheque ; mais usera-t'on de cette rigueur contre le vendeur, qui n'a point reçû le prix de son heritage ? & sera-t'il contraint de prendre la voye hypothecaire, & de decreter son fonds pour estre payé ? L'on peut dire en faveur du tiers detenteur qu'encore qu'il soit vray régulierement, que *res non fit emptoris nisi soluto pretio*, neanmoins cette régle ne doit s'entendre que quand il a vendu argent comptant ; mais que

quand il a vendu à credit & que *fidem habuit de pretio*, il ne doit plus estre consideré que comme un simple creancier, dont la dette est veritablement privilegiée ; mais qui n'a rien de réel ny de foncier : de sorte que sa qualité de vendeur ne luy donne qu'une preference & un privilege, mais elle ne le dispense pas des formes requises pour acquerir la proprieté du bien qu'il avoit aliené.

Les raisons du vendeur qui n'a point esté payé ne sont pas moins favorables ; car soit qu'il ait fait credit, ou que le prix de la vente ait esté constituée en rente, il y a toûjours une condition tacite qu'à faute par l'acheteur d'executer son contrat il n'a rien à la chose, & naturellement cette clause commissoire y est entenduë que *res non sit empta*, & nulle proprieté n'est transferée que par le payement du prix du contrat, parce qu'il seroit rigoureux que le vendeur n'eust d'autre voye pour se faire payer que celle du decret qui luy seroit souvent inutile à cause des grands frais qui consumeroient le prix de la chose.

Pour l'éclaircissement de cette matiere il faut examiner quelles personnes peuvent demander sans decret la distraction & le renvoy en possession du fonds vendu, ou qu'on leur donne caution de les faire payer. *Secundò*, contre quelles personnes on peut obtenir la distraction ou la caution : *Tertiò*, sous quelles conditions elle peut estre demandée & jugée.

Quelles personnes peuvent demander la distraction du fonds vendu, ou caution.

La personne la plus favorable pour demander la distraction, ou la caution est assurément le vendeur, & quoy qu'autrefois on le forçast de se pourvoir par la voye hypothecaire, & que l'acheteur ne pust estre dépossedé que par la saisie réelle, on a depuis avec raison moderé cette rigueur aprés que l'on a reconnu que les grands frais qui se font pour les ventes judiciaires causent également la ruïne des creanciers & des debiteurs, de sorte que si l'heritage vendu est saisi par un creancier de l'acheteur, le vendeur courroit risque de perdre sa dette à cause des grands frais, ou parce que la vente seroit faite à vil prix.

La question a esté jugée au profit du vendeur en l'Audience de la Grand' Chambre le 12 Decembre 1673. Entre Monsieur de la Place Fumechon President en la Chambre des Comptes, & Monsieur Scot Conseiller en la Cour, Demandeurs contre les Religieuses de Sainte Marie, Défenderesses ; & poursuivans les

criées de la terre de Ronfeugere par un Contrat du 7 Decembre 1652. Monsieur de Fumechon & ses freres avoient fait une échange du Fief de Ronfeugere avec le sieur Caron, & par un autre Contrat du mesme mois & an, le sieur Caron acheta tout le Domaine non fieffé dudit Fief, & les rentes foncieres, moyennant cinquante & une mille livres, & quelques jours aprés lesdits sieurs de Fumechon firent la revente des Terres que ledit sieur Caron leur avoit baillées en contr'échange. En 1672. la terre de Ronfeugere ayant esté saisie réellement par les Religieuses de Sainte Marie; les sieurs de Fumechon & Scot, ausquels il étoit encore dû 39000 liv. s'opposerent pour estre renvoyez en possession de leur Terre, ou que lesdites Dames Religieuses seroient tenuës de leur bailler caution qu'ils seroient payez avant les frais du decret; cela ne fut pas contesté par lesdites Religieuses, mais lesdits sieurs de Fumechon & Scot prétendoient n'estre pas obligez rendre ce qu'ils avoient reçû, ny de prendre du fonds pour ce qui leur étoit dû; & qu'à faute par lesdites Religieuses de bailler caution, ils devoient estre renvoyez en la possession tant du fief baillé par échange que des rotures & des rentes foncieres qu'ils avoient venduës, l'un & l'autre Contrat de vente & d'échange ne devant passer à leur égard que pour une seule convention, quoy que l'acquereur pour son interest particulier eust desiré que l'on contractast du fief par échange & des rotures par vente; n'étant pas juste que par la faute du sieur Caron d'executer le dernier Contrat, il fut annullé seulement pour la roture, & que le Contrat d'échange subsistast: Au contraire lesdites Religieuses ne voulans point donner de caution n'empeschoient point que les Demandeurs n'eussent distraction des Terres qu'ils avoient venduës à dûë estimation, n'étant pas juste que ce qui avoit esté vendu par cinquante & une mille cinq cens liv. leur fust rendu pour 45000 livres qu'ils disoient leur estre encore dûës; mais pour le fief, qu'ils ne pouvoient en empêcher la vente & l'adjudication, puisqu'ils avoient joüy sans trouble des choses qui leur avoient esté baillées en contr'échange, & dont ils avoient disposé à leur profit, ou en tout cas ils devoient abandonner le contr'échange, ne pouvant retenir l'un & l'autre: Par l'Arrest l'on accorda acte aux Parties de leurs déclarations, & on adjugea ausdits sieurs

sieurs de Fumechon & Scot, la distraction tant du fief que des rotures & rentes foncieres, comprises dans les Contrats d'échange & de vente, si mieux n'aymoient les creanciers les faire colloquer du principal & arrérages de leur rente, en exemption des frais du decret & traiziémes, en payant par les sieurs de Fumechon & Scot les frais du decret jusques audit jour; laquelle option les creanciers seroient tenus de faire dans trois mois. C'est donc une maxime qu'on peut demander la distraction ou la caution: Je parleray dans la suite de l'autre chef de l'Arrest pour le renvoy en possession, sans restituer ce qui avoit esté reçû par le vendeur.

On a traité cette autre question, si les creanciers du vendeur avoient la mesme prérogative, & si comme exerçans les droits & les actions de leur debiteur, ils pouvoient demander caution lors qu'un creancier de l'acquereur faisoit saisir réellement le fonds qu'il avoit acheté: Il y a moins de problême, lors que l'acquereur a esté chargé par le vendeur de payer la dette du creancier qui demande la caution ou la distraction: car non seulement l'acquereur est personnellement obligé, mais le creancier a un droit special sur l'heritage vendu à la charge d'acquitter sa dette; On se prévalut fort de cette clause dans la cause de la nommée le Quesne contre le Masurier sieur de Scequeville; Jacques Porquet vendit quelques Terres à Pierre Porquet, à condition de l'acquiter d'une rente qu'il devoit au mary de ladite le Quesne, un creancier de Pierre Porquet ayant saisi ce qui luy avoit esté vendu par Jacques Porquet, ladite le Quesne luy demanda caution de la faire payer en exemption des frais du decret, le Juge l'ayant refusé de sa demande, sur son appel, Greard son Avocat represента que c'étoit maintenant une maxime certaine que le vendeur n'étoit point obligé de souffrir le decret du bien qu'il avoit vendu, sans estre asseuré par une caution; que l'on ne pouvoit encore contester qu'un creancier ne pust exercer tous les droits qui appartenoient à son debiteur, & que par consequent que comme subrogé naturellement à ses droits, il ne pust demander la distraction du fonds ou une caution, qu'en tout cas le creancier que l'acquereur avoit esté chargé d'acquiter avoit un droit plus fort qu'un simple creancier: mais pour fortifier encore

plus puissamment sa cause, il fit intervenir l'heritier du vendeur. Louvel pour le Masurier Intimé, prétendit que comme ce creancier auroit esté obligé de decreter le bien de Porquet son debiteur, sa condition n'en étoit pas devenuë plus avantageuse par la vente que son debiteur en avoit faite & qu'en toute maniere ne pouvant estre payé que par le decret, il étoit juste qu'il contribuast aux frais: Par Arrest du 6 Juin 1680. la Sentence fut cassée, & la distraction adjugée, si mieux le Demandeur en saisie réelle n'aimoit bailler caution, de faire payer la dette en exemption des frais du decret.

Et le 21 Aoust de la mesme année 1680. la mesme chose fut encore jugée, entre Dame Marie de Chalons veuve de feu Alphonse de Chalons Escuyer, & Me Marc de Chalons Chanoine en l'Eglise de Roüen, Alphonse du Renel, Messire Philippes Magnard Procureur General audit Parlement de Roüen, & Monsieur de Caradas du Heron Conseiller audit Parlement, tous creanciers de feu Baptiste de Chalons Escuyer, Sieur de Maigremont, Demandeurs en Requeste à ce qu'à faute de payement de leurs dettes par Messire Claude de la Barre President en la Chambre des Comptes, & desquelles il avoit esté chargé par le Contrat de vente que le feu Sieur de Maigremont leur debiteur leur avoit fait de sa terre de Maigremont, ils soient dés à present envoyez en la proprieté, joüissance & possession de lad. terre de Maigremont, jusqu'à la concurrence de leurs rentes tant en principal qu'arrérages, & au préjudice du Sr de la Barre fils, & de ses creanciers, si mieux n'ayment ledit Sr de la Barre & ses creanciers leur payer leurs arrérages & se charger du principal desdites rentes, de les continuer à l'avenir jusqu'au rachat si faire le veulent, en baillant bonne & suffisante caution, & ledit Sr de la Barre & ses creanciers défendeurs: La Cour envoya en possession de la terre de Maigremont les creanciers, dont le Sr de la Barre acquereur avoit esté chargé de payer les dettes en élisant par eux un Syndic pour en faire l'amenagement à leur profit, en tenant compte par luy de la plus valeur, s'il y en a, les dettes privilegiées payées; si mieux n'ayment les creanciers dudit Sr de la Barre bailler bonne & suffisante caution de payer les dettes privilegiées.

Mais cette question avoit déja esté decidée en faveur du sim-

ple creancier, quoy que l'acquereur n'eust point esté chargé d'acquitter sa dette : Loüis le Tresor Escuyer, ayant fait saisir réellement les heritages de Bertaut ; Jeanne Puel veuve de Gilles Maurry, demanda la distraction d'un heritage qui avoit esté vendu par François Maurry audit Bertaut, & pour le prix duquel il s'étoit constitué envers luy en cent liv. de rente : Jeanne Puel Tutrice de ses enfans creanciers de François Maurry, avoit obtenu des Lettres de subrogation pour estre permise de saisir tout ce qui appartenoit à François Maurry, & en consequence elle soûtenoit que pour les cent liv. de rente qui étoient dûës à François Maurry par Bertaut, ledit sieur le Tresor devoit luy consentir la distraction du fonds, qui étoit privilegiément affecté à cette rente, ou luy donner caution de la faire colloquer en exemption des frais du decret : Le Sr le Tresor prétendit qu'il n'étoit pas obligé de donner la caution, mais il consentoit qu'elle fut payée par privilege aprés les frais du decret, le Juge des lieux l'ayant ordonné de la sorte ; sur l'appel de ladite Puel, Maurry son Avocat, soûtenoit qu'il avoit le mesme privilege que le vendeur, qui pourroit empescher le decret pour les dettes de l'acquereur à moins que de luy donner caution d'estre payé avant les frais du decret, n'étant pas obligé de laisser decreter son fonds, parce qu'il pourroit estre adjugé à si vil prix, qu'il pourroit n'estre point payé si les frais du decret luy étoient encore preferez. Je prétendois pour le sieur le Tresor, que quand il auroit pour partie le vendeur de l'heritage il ne pourroit pas empescher le decret, l'ayant vendu sans aucune clause commissoire en cas de non payement, il s'étoit absolument dessaisi de la proprieté ; de sorte qu'il ne luy restoit plus qu'une hypotheque privilegiée, en vertu de laquelle il étoit obligé de decreter aussi bien qu'un simple creancier, ce qui étoit encor plus concluant contre le creancier du vendeur, car quand l'on remettroit le fonds entre les mains du vendeur, & qu'on luy en consentiroit la distraction, il seroit tenu de le decreter. D'où il s'ensuit qu'il y avoit beaucoup moins de droit lors que leur debiteur n'en étoit plus saisi, & que la proprieté & la possession en avoient esté transferez à un acquereur de bonne foy, qu'il n'étoit pas de pire condition que son vendeur, que l'on n'auroit pû déposseder que par le

decret, ny ses creanciers estre payez que par cette voye ; & que par cette raison il étoit juste qu'ils contribuassent aux frais du decret : Par Arrest du 18 Aoust 1672. il fut dit en réformant la Sentence que l'Appellante seroit payée avant les frais du decret, si mieux ledit Sr le Tresor n'aimoit consentir la distraction.

Puis que le simple creancier du vendeur peut empêcher le decret de l'heritage qui luy estoit hypothequé, nonobstant l'alienation qui en a esté faite, sinon en baillant caution, il est sans difficulté que le creancier qui auroit presté les deniers pour l'acquisition de ce fonds seroit beaucoup plus favorable, à prendre cette conclusion si cet heritage ayant esté aliené estoit saisi par un creancier de l'acquereur.

Mais supposons que le fonds n'eust point esté aliené par celuy qui avoit emprunté les deniers pour l'acheter, & qu'il fust saisi réellement sur luy, ce creancier pourroit-il obliger le saisissant à luy donner caution ? Le creancier privilegié peut dire que la chose a esté acquise de ses deniers, & que cessant le prest qu'il en a fait elle ne se trouveroit point en la possession du debiteur commun, que sa dette est privilegiée & que son privilege pourroit luy estre rendu inutile par le decret, soit à cause des frais ou par la vente judiciaire qui en seroit faite à vil prix : On répond que le creancier qui a presté les deniers a bien un privilege, mais ce n'est toutefois qu'une hypotheque privilegiée, car il n'a aucun droit réel & il n'a aucune proprieté en la chose, & par cette raison il ne pourroit pas demander comme celuy qui auroit vendu l'heritage, d'estre envoyé en possession du fonds acquis de ses deniers ; au contraire à faute de payement il seroit tenu de saisir réellement, & de prendre la voye hypothecaire, & suivant ces raisons il y a un Arrest sur ce fait. Dame Leonor Tesson, par son Contrat de mariage avec Jean du Saussey Ecuyer, sieur de Monservant, luy porta une somme fort considerable que le mary employa à l'achat d'une terre, avec stipulation qu'elle demeureroit privilégiément affectée à sa dot : Monsieur Me Jean Heloüin sieur de Menibus, President en la Cour des Aydes de Roüen, ayant saisi réellement cette Terre, la Dame de Monservant en demanda la distraction ou caution de la faire porter avant les frais du decret, par Sentence elle fut deboutée de ses conclusions,

dont ayant appellé, la Sentence fut confirmée par Arrest du 18 Juin 1668.

Puis que nous sçavons les personnes qui ont droit d'empêcher le decret des biens qui leur sont hypothequez à faute de bailler caution de les faire payer avant les frais du decret, il ne sera pas mal aisé de connoître les personnes à qui l'on peut demander cette caution ou la distraction des biens hypothequez.

L'acquereur ne peut pas empêcher le renvoy en possession ou la caution, lors qu'elle luy est demandée par le vendeur ; car l'inexecution du Contrat procedant de sa part, il n'a pas sujet de se plaindre lors qu'on reprend le fonds qu'il n'a point payé, & qui ne luy appartenoit qu'à cette condition.

L'acquereur ne peut empêcher le renvoy en possession, s'il n'a payé.

Le creancier de l'acquereur n'est pas plus favorable, sur tout lors qu'il a baillé son argent avant l'acquisition, car il ne peut alleguer qu'il n'a contracté que sur l'assurance des biens que son debiteur possedoit : & quand il en auroit esté saisi, lors qu'il a contracté il a dû s'informer si le prix en estoit payé, puis qu'autrement il n'y pouvoit avoir aucune hypotheque.

Mais lors que l'acquereur a disposé du fonds, & que l'on veut troubler un tiers detenteur, sa défense est sans doute beaucoup mieux fondée : car il n'est pas étrange que le vendeur qui n'a pas seulement l'action hypothecaire, mais aussi la personnelle contre son acheteur, le puisse déposseder sans decret lors qu'il n'a point esté payé : mais il seroit d'une consequence perilleuse qu'un vendeur eust perpetuellement cette faculté de reprendre son fonds par une simple action, en quelque main qu'il ait passé, & d'en chasser un tiers detenteur qui a contracté de bonne foy, & payé le prix de son acquisition ; si on luy objecte qu'il a dû sçavoir la qualité de celuy avec lequel il a traité, il peut répondre que le vendeur ayant negligé de se faire payer, & ayant laissé perdre l'action personnelle qu'il avoit contre son acheteur, il ne luy reste plus que la simple action hypothecaire, en vertu de laquelle il ne peut déposseder le tiers detenteur que par la saisie réelle. C'est ce que la Cour a decidé par l'Article 120. du Réglement de 1666. qui dispose en termes generaux, que *le tiers acquereur ne peut estre contraint de déguerpir ou délaisser l'heritage aux creanciers hypothecaires, & qu'il ne peut estre dépossedé que par la voye réelle*, que le vendeur n'estoit qu'un crean-

cier hypothecaire qui étoit veritablement privilegié, mais qui n'avoit neanmoins qu'une action simple n'ayant plus rien à la proprieté. Mais les decrets étans maintenant si préjudiciables aux creanciers & aux debiteurs, on embrasse avec facilité tout ce qui tend à les empescher, & on suit plûtost ce qui paroist équitable que la subtilité du Droit : De sorte que l'on a jugé que le vendeur avoit le mesme avantage contre l'acquereur de de son acquereur. Le Gentil avoit acquis de Charles Belin plusieurs heritages à condition de l'acquiter de certaines rentes, à quoy n'ayant pas satisfait, & les biens de Belin ayant esté vendus pour le payement des arrerages, il poursuivit pour sa récompense Julien Boüillon, qui avoit acquis une partie des heritages que ledit Belin avoit vendus à Gentil, & il fit juger que Boüillon luy en abandonneroit la possession, si mieux il n'aimoit se mettre en la place de Gentil, & executer les clauses de son Contrat : sur l'Appel de cette Sentence par le Gentil, Gallet son Avocat conclud qu'étant un tiers détenteur, Belin ne pouvoit le déposseder que par la voye hypothecaire. Du Hequet répondoit pour Belin que sa demande étoit favorable, que son fonds n'avoit pû passer en la main dudit Boüillon qu'avec sa charge, & puisque Belin auroit esté forcé de le luy délaisser, sa condition ne pouvoit estre meilleure que celle de Belin son autheur : Par Arrest du 30 Juillet 1676. la Sentence fut confirmée nonobstant l'offre dudit Boüillon, de payer encore une fois le prix de son Contrat.

Il n'y a pas d'inconvenient à donner cette faculté au vendeur de reprendre la possession de son fonds lors qu'il n'a point esté payé; mais lors qu'il en a reçû une partie, en reprenant son fonds profitera-t'il encore des deniers qu'il a eus ? & sera-t'il dispensé de les restituer à l'acquereur ou à ses creanciers ?

Il seroit perilleux d'établir indistinctement l'affirmative, & l'on autoriseroit un moyen pour commettre aisément des fraudes & des tromperies : car si d'un costé l'on represente qu'il ne seroit pas juste qu'un vendeur decretast son propre bien, & qu'un acquereur n'est pas favorable à demander la repetition de ce qu'il a payé, puis qu'il ne tient qu'à luy que son Contrat ne subsiste, & qu'il ne demeure en la paisible possession de son acquest : L'on répond que ce seroit réduire le vendeur à

perdre son bien, parce qu'ordinairement l'on ne vend que par necessité, & pour accommoder ses affaires; De sorte qu'un vendeur endetté qui n'a pas gardé ses deniers otieux se voit rarement en pouvoir de faire cette repetition, d'ailleurs la valeur de la chose peut estre diminuée jusques à un point qu'elle ne vaut plus que la somme qui luy est encore dûë: C'est donc assez qu'il ait ce desavantage d'estre forcé à reprendre une terre qui ne luy est pas commode, & qu'il pouvoit avoir venduë par cette consideration.

L'on adjoûte encore que l'acquereur ne peut imputer son malheur qu'à luy-mesme, car s'il avoit executé le Contrat comme il y estoit obligé, on n'auroit point sujet de le déposseder; il n'a point dû acquerir sans avoir dequoy payer, & pourquoy profiteroit-il de sa negligence & de sa mauvaise conduite, en se dégageant d'un marché qui ne luy estoit pas avantageux, en forçant le vendeur de reprendre une terre qui ne l'accommode point, ou en le reduisant dans la necessité d'entreprendre un decret onereux, & qui luy sera peut-estre inutile?

Ces considerations neanmoins ne sont pas si décisives contre les creanciers de l'acquereur ou contre un tiers detenteur; ils peuvent reprocher au vendeur qu'il a eu tort de contracter avec un mauvais payeur, que s'il vouloit luy faire credit il a dû prendre ses assurances, & ayant bien voulu se dépoüiller de la possession & de la proprieté de son bien sans stipuler aucun retour en cas de non payement, il ne peut estre consideré que comme un simple creancier qui ne peut poursuivre le payement de ce qui luy est dû que par l'action hypothecaire.

Mais la condition du tiers detenteur qui a payé le prix de son achat, est encore infiniment plus favorable que celle d'un simple creancier de l'acquereur: car ayant contracté avec celuy qui estoit le veritable proprietaire, & auquel le premier vendeur avoit transferé tout le droit foncier qu'il avoit en la chose, il ne peut plus agir par revendication, n'étant plus qu'un creancier hypothecaire; autrement ce seroit donner ouverture aux fraudes & aux tromperies, & il seroit impossible d'acquerir avec seureté, quoy qu'un vendeur eust esté payé de la meilleure partie de la vente par intelligence avec un acquereur qui refuseroit de payer, il se remettroit en possession de son heritage sans

restituer ce qu'il auroit reçû, & par cette voye un tiers detenteur qui auroit payé le prix de son achat, ou des creanciers qui auroient presté leur argent sur l'assurance de cette acquisition seroient frustrez de leur fonds & de leurs hypotheques, parce qu'ils n'auroient pas dequoy payer le premier vendeur ou de bailler caution de le faire payer.

Quelque party que l'on prenne sur ce sujet, il sera malaisé d'éviter tous les inconveniens, l'équité ne permet pas que l'acquereur perde ce qu'il a payé & que le vendeur en profite; si toutefois le vendeur est tenu de rembourser & qu'il soit dans l'impuissance de le faire, il ne pourra plus estre payé que par le decret qui luy sera peut-estre inutile: il est vray que l'on pourroit délaisser du fonds à düë estimation pour le remboursement de ce que l'acquereur auroit payé, mais le plus souvent ces délaissemens ou démembremens de terre seroient incommodes, tant aux vendeurs qu'aux acquereurs & creanciers, & d'ailleurs il peut arriver que la valeur de la terre sera diminuée jusqu'au point qu'elle ne suffira que pour payer le vendeur: Par l'Arrest de Messieurs de Fumechon & Scot, dont j'ay parlé cy-devant, ils furent renvoyez en possession de la terre de Ronfeugere, sans rendre une somme considerable qu'ils avoient reçûë, mais ils prétendoient que la Terre ne valoit pas le prix qui leur étoit encore dû, & d'ailleurs l'on donnoit l'option aux creanciers de rembourser ce qui étoit dû ausd. Srs de Fumechon & Scot.

Quoy qu'il en soit, il n'est pas raisonnable que le vendeur profite de ce qu'il a reçû, lors qu'il reprend son fonds en l'estat qu'il l'a baillé, mais si la terre est diminuée de valeur, ou qu'il n'ait pas moyen de rembourser l'acquereur, l'on doit faire une estimation de la terre, & en cas que le prix excede la somme qui est encore düë, l'on doit bailler du fonds à l'acquereur ou à ses creanciers à proportion de ce qui a esté payé, qu'ils seront tenus d'accepter quelque incommode qu'il leur puisse estre, parce que la faute procede de leur autheur, que si la terre ne suffisoit que pour indemniser le vendeur, il ne seroit tenu à aucune restitution puisqu'il n'auroit que ce qui luy seroit dû.

Des meliorations faites sur un fonds.

L'action hypothecaire formée par le creancier contre le tiers detenteur, aura-t'elle son effet, & pourra-t'il déposseder l'acquereur auparavant que de l'avoir remboursé de ses ameliorations?

rations? ou l'acquereur le peut retenir jusqu'aprés son remboursement? Si les ameliorations augmentent considerablement la valeur du fonds, l'acquereur peut user de rétention jusqu'à ce qu'il en ait esté recompensé, *Non aliter cogetur creditoribus ædificium restituere quàm sumptus in ædificatione erogatos, quatenus res pretiosior facta est receperit. l. Paulus. 29. ꝗ. 2. de pign. & hyp.* mais il faut qu'il demeure constant que ces meliorations soient considerables, car autrement on n'auroit pas d'égard à de simples allégations dont un acquereur ne manqueroit pas de se servir pour empêcher sa dépossession.

La troisiéme action hypothecaire est l'interruption ou déclaration d'hypotheque, & elle tend à ce que l'heritage soit déclaré affecté & hypothequé à la dette pour empêcher la prescription dont l'acquereur pourroit se prévaloir aprés une possession paisible de 40. années, la Coûtume de Normandie, Article 532. donne cette action au creancier.

Puis que le creancier peut saisir les biens qui luy sont hypothequez en quelque main qu'ils passent, il reste à sçavoir comment il peut faire vendre les biens qu'il a saisis.

La maniere establie par le Droit Romain pour la vente des gages & des hypotheques estoit fort differente de nos usages; lors que le debiteur estoit fugitif ou qu'il refusoit de payer ses dettes, le Preteur envoyoit son creancier en la possession de tous ses biens, *coercendæ contumaciæ debitoris causâ.* Ce qui se pratiquoit neanmoins avec beaucoup de circonspection, & aprés beaucoup de remises, mais lors que le debiteur ne s'absentoit point, & que le creancier vouloit estre payé, soit qu'il eust stipulé la faculté de pouvoir vendre les biens hypothequez ou qu'il n'en eust point esté parlé, on luy permettoit de les faire vendre & subhaster aprés plusieurs solemnitez: Or comme elles ne sont plus en usage, & que les Coûtumes de chaque païs & l'Ordonnance des Criées ont prescrit certaines formes pour parvenir à la vente, il n'est pas necessaire de les rapporter en ce lieu: Le Lecteur curieux pourra sçavoir ce qui se pratiquoit parmy les Romains, dans l'Eschassier en son Traité des Hypoth. Goujet des Criées, & Loyseau du Deguerp. l. 3. c. 6. & suivans.

Je remarqueray seulement que par le Droit Romain, le privi-

lege de priorité ne consistoit pas seulement en ce que le premier creancier estoit preferable sur le prix de la chose venduë, il avoit encore cet avantage que luy seul avoit le pouvoir de vendre la chose hypothequée, & pour cette raison il estoit appellé *potentior creditor* ; les creanciers posterieurs ne le pouvoient faire s'il n'étoit payé. C'est pourquoy les Jurisconsultes ont étably cette régle, *qui prior est tempore, potior est jure*, jusqu'à dire que *qui prior est tempore, potior est jure, & potestate vendendi.*

Nous ne donnons pas le mesme avantage au premier creancier, la preference demeure au premier saisissant, & mesme dans la concurrence de deux saisies entre deux creanciers d'une mesme personne, la seule qualité de premier creancier ne suffit pas pour acquerir la preference, elle se juge souvent par les circonstances particulieres, cessant quoy il est juste de preferer le premier creancier, comme ayant un droit plus puissant & plus ancien, que le debiteur n'a pû affoiblir par les hypotheques nouvelles qu'il a contractées : Or comme nos decrets se font avec beaucoup plus de solemnité que les ventes des gages judiciels qui se faisoient parmy les Romains, ils ont aussi beaucoup plus d'efficace, car ils purgent les hypotheques tant à l'égard des absens que des presens, & neanmoins ils n'éteignent pas les charges réelles & foncieres ausquelles l'heritage decretté estoit sujet, quoy que l'on n'y ait formé aucune opposition.

CHAPITRE XVII.

Comment l'Hypotheque prend fin.

Comment l'hypotheque finit, & l'on degage les biens hypothequez.

NOus avons vû de quelle maniere une hypotheque peut estre acquise & assurée : Il reste à expliquer comment elle peut prendre fin, & par quelles voyes le debiteur peut se liberer, & dégager les biens qu'il avoit hypothequez à ses creanciers.

Comme pour faire subsister l'hypotheque, il est necessaire qu'il y ait une obligation qui luy serve de cause & de fondement,

que le creancier accepte ce gage & cette hypotheque, & qu'enfin la chose hypothequée appartienne au debiteur; aussi l'hypotheque finit lors que la dette est payée ou que le creancier en fait remise au debiteur, ou que le debiteur n'a plus de droit à la chose; *Nam soluto jure debitoris creditoris quoque jus evanescit.*

L'on presume que le creancier a remis sa creance lors qu'il rend au debiteur sa cedule ou son obligation. *l. 3. in princip. D. de liberat. leg.* & en consequence la chose engagée cesse d'estre hypothequée, *reddito chirographo pignoris, tacitè videtur remissa pignoris obligatio. l. 7. c. de lib. leg. & meritò*, dit Godefroy sur cette loy, *nam eo casu & actum etiam videtur ne debitum petatur. l. 59. de leg. 3.*

Il faut neanmoins qu'il soit constant que la cedule ait esté renduë par le creancier, ou qu'il l'ait brûlée ou lacerée *data opera* pour acquerir cette liberation; car s'il paroissoit que la cedule fût tombée par hazard entre les mains du debiteur, ce debiteur ne seroit pas quitte, par cette raison qu'il en seroit saisi; & c'est pourquoy lors que la cedule n'est pas lacerée ou brûlée il est plus seur pour le debiteur qu'il l'a fasse endosser par le creancier.

La cedule doit être endossée par le creancier pour plus de seureté.

Si le creancier rendoit seulement le gage qui luy avoit esté baillé, on ne pourroit pas induire delà qu'il eust remis la dette, si en mesme temps il ne rendoit aussi l'obligation. La raison de la difference entre ces deux cas est, qu'en remettant l'obligation principale, le creancier est reputé remettre l'hypotheque & le gage qui ne sont qu'un accessoire: Mais en l'autre cas quoy que l'on remette l'accessoire le principal demeure, parce qu'il peut subsister sans l'accessoire, *reddita obligatione principali etiam pignus remissum videtur, quia accessio est obligationis principalis; at contra principale sine accessione esse potest. Cujac. in comm. ad l. 2. de pact. in comment. ad edictum Pauli. l. 3.*

Le moyen le plus naturel & le plus ordinaire pour faire cesser l'hypotheque, est le payement & l'acquit de la dette *liberatur pignus sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfit*; alors elle demeure éteinte malgré le creancier, & c'est proprement ce que le Droit Romain appelle *pignus luere. C. de luit. pign.* Il n'importe par qui le payement soit fait, l'on peut acquiter une dette non seulement par la volonté & avec la participation du debi-

L'on peut acquitter une dette malgré le debiteur,

teur, mais aussi contre son gré, *l. solvendo. D. de negot. gest L. 12. ʒ. fin. quib. mod. pig. solv.*

Pour acquerir la liberation, il ne suffit pas d'offrir, il faut payer actuellement, *solutione ejus quod debetur & prastatione, non oblatione liberatio nascitur.* Que si le creancier refuse de recevoir son argent, il est permis pour s'acquiter de le consigner, *l. neque. l. ult. C. de pign. act. l. acceptam. C. de usur.* Et il ne suffit pas d'offrir ou de consigner le principal, il faut aussi payer tous les arrerages. *l. 15. ʒ. fin. de pig. & hyp.*

Pour donner lieu au debiteur de reprendre son gage & de s'en remettre en possession, il faut que toute la dette soit acquitée *omnis pecunia exoluta esse debet, ut nascatur actio pigneratitia l. 96. omnis. D. de pigner. act.* car encore que par le payement d'une partie d'icelle elle soit d'autant diminuée, neanmoins tant qu'il en reste une partie, l'hypotheque demeure toute entiere, & bien que le creancier ait plusieurs sortes de biens obligez, il ne peut estre contraint d'en remettre une partie s'il n'a esté remboursé entierement.

Qui pignoris jure res accepit non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantùm debetur qui pignor. 19. D. de pign. act. cela ne se pratique pas seulement contre le debiteur, mais aussi contre ses heritiers; & si l'un d'iceux paye sa portion, il ne peut retirer la part qu'il a en la chose hypothequée, *actionem ex pignoribus recipere non potest qui pro parte heres extitit, nisi totum debitum, exolvat l. 1. c. de luit. pign.* bien que le gage, ou l'hypotheque ait esté contractée pour une certaine dette. Si toutefois le debiteur est encore obligé pour d'autres dettes envers ce mesme creancier, il ne suffira pas d'offrir la somme pour laquelle l'engagement avoit esté expressément contracté pour obliger le creancier à remettre le gage, car il a droit de le retenir pour le surplus qui luy est dû; comme il est decidé en la l. unique. ʒ. *at si in possessione C. Etiam ob chirographariam, jure contendis debitores eam solam pecuniam cujus nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non debere.*

Quelquefois le debiteur n'est pas recevable à reprendre la possession de son gage, quoy qu'il offre au creancier l'argent qu'il luy a presté: Par exemple si l'hypotheque avoit esté contractée sous cette condition, que si le debiteur ne rendoit pas

l'argent dans un certain temps la chose demeureroit au creancier pour le prix qu'elle seroit estimée, il ne pourroit pas forcer le creancier à la luy remettre s'il faisoit ces offres aprés le temps préfix, car en ce cas c'est plûtost une vente qu'un engagement, comme il est decidé en la *l. 16. §. fin. D. de pign. & hyp. potest ita fieri pignoris datio, hypothecave ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia jure emptionis possideat, eam rem justo pretio æstimandam; Hoc enim casu videtur esse quodammodo conditionalis venditio.* Cette maniere de contracter ne tombe pas dans le cas de la clause commissoire, laquelle est reprouvée par les Loix. Pour donner lieu à la clause commissoire, il faudroit que l'obligation eust esté contractée en ces termes, que si le debiteur ne rendoit pas l'argent qu'on luy prestoit dans un certain temps, la chose engagée demeureroit au creancier pour la somme qu'il avoit fournie; nonobstant cette condition le creancier ne peut retenir le gage, parce que la clause commissoire est reprouvée *l. 3. C. de pact. pign.*

Quand le gage ne peut estre rendu.

De la clause commissoire.

Si pareillement par les conditions de l'engagement le creancier avoit la liberté de vendre la chose hypothequée faute de payement, le debiteur ne pourroit ny troubler l'acquereur ny demander au creancier la restitution de son gage, pourvû que la vente en eust esté faite dans les formes & sans fraude *l. 7. §. in fine. C. de dist. pign.*

Le debiteur peut quelquefois s'acquiter par une autre voye que par le payement actuel de la somme qu'il doit, en satisfaisant son creancier d'une telle maniere qu'il en soit content, *satisfacere creditorem est pro eo quod petit à nobis contentum dimittere, l. prima, qui satis. cogunt.* Mais il y a cette difference entre le payement & la satisfaction que l'on donne au creancier, que par le payement le gage & l'hypotheque finissent malgré le creancier, mais il ne peut estre contraint d'accepter la satisfaction qu'on luy offre au lieu de la chose qui luy est dûë, *contentus enim non invitus sed volens redditur. l. item. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. satisfactio est pro solutione.*

L'hypotheque peut encore finir par plusieurs autres voyes; le creancier peut la remettre volontairement & y renoncer en promettant au debiteur de ne luy demander point ce qu'il doit, *l. solvitur. §. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* elle peut finir par

une compensation legitime. *l. 4. qui pot. in pig.*

La confusion est un moyen pour éteindre l'hypotheque.

La confusion est encore un autre moyen pour éteindre l'obligation, & par consequent l'hypotheque; comme lors que le creancier succede à son debiteur, ou que le debiteur devient heritier de son creancier, en ce cas *res in eum casum deducta est à qua nec incipere poterat; neque enim potuit initio idem esse creditor, & debitor. l. pro parte. D. de servit. l. existimo. de verb. obl.* cette confusion neanmoins n'opere pas toûjours une parfaite liberation *per omnia non imitatur solutionem*, par exemple si deux personnes s'étoient obligées à une mesme dette, & que le creancier succedast par aprés à un des coobligez, l'obligation ne seroit pas entierement éteinte; mais seulement pour la part de celuy auquel le creancier a succedé. C'est l'espece de la *l. Granius. 71. de fidejus. cum duo rei promittendi sunt, & alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est utrùm quoque liberatus est ac si soluta fuisset pecunia; an persona tantum exempta confusa obligatione, & puto aditione hæreditatis confusione obligationis eximi personam. Igitur alterum reum ejusdem pecuniæ non liberari & per hoc nec fidejussorem ejus.* Ainsi cette confusion n'a lieu que quand il n'y a qu'un seul obligé, & alors l'obligation ne subsiste pas mesme à l'égard de la caution. Que si le creancier succedoit à la caution ou la caution au creancier, le cautionnement cesseroit; mais le principal obligé ne seroit pas liberé. *D. l. Granius*: La confusion donc n'a une pleine étenduë, & n'équipolle à un veritable payement de la dette, que quand cette qualité de creancier & de debiteur concurre en ce rencontre en une mesme personne, & alors l'obligation est aussi parfaitement éteinte que si le creancier en avoit reçû le payement. *l. Stichum* §. *aditio. D. de solut.* car l'on ne peut se devoir à soy-mesme.

Il faut aussi que cette confusion dure & ait son effet entier; car si le creancier qui a succedé à son debiteur ou au fidejusseur étoit dépoüillé de la succession, les choses reviendroient en leur premier état: *Verum est enim pecuniam non esse solutam: l. debitor. 59. ad S. C. Trebell.* & en consequence le creancier peut demander & poursuivre le payement de son obligation, *aditione hereditatis sublata quidem est obligatio personalis, pignoris tamen obligatio non est sublata: ideóque competit creditori pignoris retentio & persecutio jure suo pristino Cujac. in Comm. ad dictam legem. lib. 4. quæst. Paul.*

Si pareillement le creancier consent que le fonds qui luy est hypothequé soit vendu, échangé ou donné, il ne peut troubler le possesseur, à moins qu'il n'ait retenu son droit d'hypotheque, *l. cum à te. C. de remiss. pign. l. si debitor.* ꝫ. *1. si consensu. quib. mod. hypoth. solv. D.* L'on a mesme étendu ce consentement si loin que le creancier à qui le debiteur avoit hypothequé tous ses biens presens & à venir, ayant consenty une fois à l'alienation de ses biens ne rentroit pas en son droit d'hypotheque, quoy que ces mesmes biens retournassent en la main de son obligé, & que l'hypotheque eust esté contractée sur tous ses biens presens & à venir. *l. ult. C. de remiss. pign.*

Il n'importe que le consentement soit posterieur à la vente, pourvû que le creancier l'ait ratifiée, *l. si debitor.* ꝫ. *si in vendit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* car la ratification ayant un effet retroactif au Contrat, elle a mesme force que s'il estoit intervenu lorsque la vente fut faite ; Il en est de mesme si le creancier consent que la chose soit hypothequée à un autre, *jus enim pignoris remisisse videtur. l. Lucius Titius. l. Paulus. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*

Mais l'on a formé cette difficulté, si le consentement du premier creancier doit avoir lieu seulement en faveur de celuy à qui la chose a esté hypothequée, ou si le consentement doit aussi servir à tous les autres à qui le debiteur l'a depuis engagée. Pour concilier les opinions differentes des Docteurs, l'on fait cette distinction où il paroist que le premier creancier n'a donné son consentement qu'en faveur du second, & en ce cas il ne perd qu'à son égard son privilege de priorité, ou bien le consentement a esté general & indefiny, & il a laissé la liberté à son debiteur d'engager son bien, & en ce cas il est censé d'avoir remis tout son droit d'hypotheque ; *in totum jus sui pignoris remisisse censetur* ; il faut neanmoins remarquer que si la vente ne subsistoit point & qu'elle fust déclarée nulle, le consentement ne fait aucun préjudice à celuy qui l'a donné, *l. si debitor.* ꝫ. *Bell. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*

Si le creancier consent que la chose qui luy est hypothequée soit donnée, son droit est éteint ; mais si le debiteur au lieu de faire une liberalité la vend, le creancier pourra-t'il prétendre que son droit d'hypotheque subsiste nonobstant son consente-

ment ? L'on répond que l'hypotheque ne laisse point de prendre fin, car la permission de donner est plus forte que celle de vendre, & il auroit pû estre payé des deniers de la vente, mais par la donation le debiteur en devient plus pauvre. Ce qui fait présumer que puis qu'il a consenty la donation, à plus forte raison il auroit permis à son debiteur de vendre, s'il l'en avoit requis, & c'est une maxime, que *cui jus est donandi, ei jus est vendendi. l. cui jus. 16. 3. de Regul. jur.* Cela toutefois n'auroit pas lieu si le creancier n'avoit permis de donner qu'en faveur de certaines personnes, car alors le debiteur n'ayant point suivy son intention, l'hypotheque ne cesseroit pas. *l. sicut 8. §. si permiserit. D. quib. mod. hypoth. solv.*

Il n'est pas mesme toûjours necessaire que ce consentement soit exprés, il y a quelques rencontres où l'on fait valoir un consentement tacite, comme lors qu'un creancier approuve & signe à un Contrat, par lequel un debiteur déclare que ses biens ne sont point obligez à d'autres dettes.

Quand on fait perdre l'hypotheque à un Notaire fauduleux.

C'est une Jurisprudence établie par les Arrests, que si un Notaire reçoit un Contrat de constitution de rente, par lequel l'obligé déclare que ses biens ne sont affectez à aucune autre rente, & qu'il ne s'oppose point à cette déclaration lors qu'il est creancier de la mesme personne, pour la peine de son silence frauduleux on luy fait perdre son hypotheque.

Celà a fait naistre cette difficulté, si outre ce Notaire qui étoit le premier creancier il y en avoit encore d'autres, mais qui n'étoient pas presens au Contrat, celuy qui obtiendroit la preference sur le Notaire à cause de son dol, auroit il aussi cette preference sur les autres creanciers qui luy sont anterieurs ? D'un costé il paroistroit injuste que ce Notaire par la faute qu'il auroit commise envers un dernier creancier, fut privé de la priorité d'hypotheque qu'il avoit contre tous les autres, *non censetur omnimodo amisisse pignus, sed tantum jus, hoc est prælationem pignoris respectu actus in quo consentit duntaxat*, & par consequent il doit conserver son droit d'hypotheque sur tous les creanciers posterieurs.

D'autre part, l'on oppose que le dernier creancier entrant en la place du Notaire qui étoit le premier, il doit à plus forte raison estre preferé à tous les autres qui suivent aprés le Notaire, suivant

te, suivant cette regle, *Si vinco vincentem te, multò magis vinco te*, autrement il s'ensuivroit une confusion inévitable: Car le premier l'emportant sur le second, & le second sur le troisiéme, ils auroient chacun un retour l'un sur l'autre, car le dernier retourneroit sur le premier, & ensuite le premier sur le second, & le second sur le troisiéme: Mais suivant le sentiment de Gomes en sa quest. 33. Pour éviter ces embarras, l'on doit colloquer chaque creancier en son ordre, à condition toutefois que le dernier entrera en la place du Notaire, & jusqu'à la concurrence de ce qui auroit esté emporté par le Notaire; que si la dette est moindre que celle du Notaire, il sera reçû par le Notaire, qui ne perd pas son rang à l'égard des creanciers qui luy sont posterieurs & qui ne peuvent l'accuser de fraude.

Le Jurisconsulte en la *l. Claudius Fœlix, qui pot. in pign. hab. D.* traite deux questions à peu prés semblables, mais il les decide autrement. Il propose un different entre trois creanciers, ausquels un particulier avoit constitué en des temps differens diverses hypotheques: le dernier creancier avoit eu l'avantage d'obtenir une Sentence qui le colloquoit avant le premier creancier, en consequence dequoy quelques-uns estimoient que ce troisiéme creancier étoit aussi preferable, *fuerunt qui dicerent hic quoque tertium creditorem potiorem esse*, mais le Jurisconsulte répond au contraire, *quia res inter alios acta, transacta, judicata, aliis nec prodesse nec nocere solet, sine præjudicio prioris sententiæ totum jus alii creditori relinquitur*, cette decision est équitable; car encore qu'un dernier creancier ait fait juger qu'un premier creancier ne l'emportera pas sur luy, cette Sentence ne doit point nuire au second qui n'y a point esté appellé, & il conserve son ordre & il devient le premier, puisque l'hypotheque de ce premier creancier n'a pas esté jugée preferable.

Mais dans l'espece du Notaire, dont je viens de parler, comme il perdoit son hypotheque à cause du dol qu'il avoit commis envers le dernier creancier, ce creancier n'auroit pas esté desinteressé s'il n'avoit entré au droit du Notaire.

Cependant comme il seroit rigoureux de tirer en consequence l'exemple d'un Notaire, & d'en faire une regle contre tous ceux qui seroient presens & qui signeroient à des Contrats, & que d'ailleurs il seroit injuste de favoriser une tromperie, lors

que ceux qui par leur presence la pouvoient empescher ne l'ont pas fait, l'on a fait ces differentes exceptions : La premiere, que la presence n'est nuisible que quand il paroist du dol ou une ignorance grossiere ; en second lieu, lors que l'on dispose d'un droit particulier ou d'une certaine espece comme d'un fonds, d'une rente ou d'une maison : Si le témoin ou le Notaire prétend quelque droit réel ou hypothecaire sur ces choses-là, il est tenu de le déclarer, autrement sa presence ou sa signature luy sont préjudiciables : Et c'est le veritable cas de la *l. fidejussor. ʒ. pater. D. de pign. & hypoth.* Ce n'est donc que dans le cas d'une speciale hypotheque, ou de quelque droit qui appartient à celuy qui est present au Contrat, ou lors que l'on déclare les choses n'estre hypothequées à aucun, que la presence ou la signature privent de la preference d'hypotheque. *l. Titius. ʒ. Titius. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. Mævius dicebat ante Rempublicam fundum sibi obligatum fuisse ; inveniebatur autem Mævius instrumento obligationis cum Republica facto interfuisse, & subscripsisse, quo caverat Sejus fundum nulli alii esse obligatum : Modestinus respondit pignus cum is de quo quæritur consensit minimè retinere posse.* C'est aussi la Jurisprudence du Parlement de Paris, que celuy qui a signé un contrat ne perd pas son hypotheque, s'il n'y a clause que l'on est quitte & franc de toutes dettes.

Quād la presence à un contrat n'est point préjudiciable.

Pour montrer que la seule presence à un contrat n'est point préjudiciable, quoy qu'il contienne des clauses qui luy soient desavantageuses : Mornac sur la *l. Cajus. D. de pign. act.* cite un Arrest considerable. Un Marchand de Paris avoit esté present au Contrat de mariage de son Caissier, à qui il avoit presté 500. écus ; lors de la distribution des biens de ce Caissier, sa Veuve prétendit être preferable à ce Marchand, se fondant sur ce qu'il avoit esté present à son Contrat de mariage ; mais il fut jugé que sa seule presence ne suffisoit pas pour le priver de son droit de priorité n'ayant point signé au contrat. Accurse sur la *l. fidejussor. D. de pign. & hypoth.* fait cette distinction, *utrùm is qui contrahit, vel aliud negotium gerit, id facere possit me invito puta legare, vendere, tunc mea præsentia non nocet, aut id agit, quod non potest me invito, ut obligare & tunc præsentia nocet.* Mais l'on peut soûtenir indistinctement que si l'on n'approuve point le Contrat par une signature ou par un consentement exprés, la simple presence n'apporte aucun préjudice.

Il y a mesme des cas où la signature d'un témoin à un Contrat ne luy ôteroit pas son droit d'hypotheque, quoy que ce Contrat continst des clauses qui luy seroient desavantageuses? l'on signe souvent par honneur à un Contrat de mariage ou à un Testament, sans en sçavoir la teneur & les dispositions particulieres. Il ne seroit pas raisonnable que l'on en pust faire consequence contre celuy qui l'auroit signé sans connoissance de cause, & qui ne croyoit faire qu'un office de parent ou d'amy. C'est pourquoy les Jurisconsultes ont dit fort à propos qu'il faloit considerer si celuy qui a signé estoit partie principale ou intervenante au Contrat; si le témoin a signé comme estant son affaire, *si suum negotium gessit, agebat, aut suum negotium agi intelligebat:* sa signature induit un consentement & une renonciation à son droit, & c'est l'espece de la *l. si consensit*, & de la Loy suivante, ꝯ. *non videtur. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. si creditor subscripserit fortè in tabulis emptionis consensisse videtur, nisi manifestè appareat deceptum fuisse*, & en la *l. fidejussor.* ꝯ. *1. D. de pign. cum sua manu pignori futuram suam domum sciens scripserit, consensum ei obligationi dedisse manifestum est.*

Mais lors que quelqu'un n'a esté appellé au Contrat que comme témoin, & qu'il n'estoit pas question de son hypotheque, mais simplement d'attester par sa signature la verité de ce qui se passoit, cela ne luy doit porter aucun préjudice, comme il est decidé en la *l. Titia.* ꝯ. *Lucia, de legat. 2.* Monsieur Maynard, l. 8. c. 70. rapporte un Arrest du Parlement de Tolose, par lequel il fut jugé qu'un témoin pour avoir signé à un Contrat, par lequel une Terre avoit esté venduë quitte de toutes charges, n'avoit point renoncé à son hypotheque, comme n'y estant intervenu qu'en qualité de témoin, & non point comme partie principale ou interessée. Charondas en ses Resp. *l. 7. Resp. 217.*

Par la disposition du Droit Romain, en la *l. jubemus. C. ad Senat. Consult. Vellejanum*, la femme ne peut perdre son hypotheque que par un consentement exprés, & une renonciation generale ne seroit pas suffisante. La femme ne perd son hypotheque que par un consentement exprés.

Il y auroit beaucoup moins de difficulté à l'égard de celuy qui auroit signé comme témoin à un Testament qu'on luy auroit presenté clos & cacheté, parce que le Testament n'auroit

pas esté fait en sa presence, & qu'il pouvoit ignorer ce qui y estoit contenu, & c'est l'espece de la *l. Cajus. D. de pign. act.* Il estoit question de sçavoir si celuy qui avoit signé à un Testament, par lequel le Testateur donnoit une Terre qu'il disoit avoir achetée de ce témoin, ce qui pourtant n'estoit pas veritable, perdoit la proprieté de sa terre en consequence de sa signature : le Jurisconsulte répond, *contractui pignoris non obesse quod debitor testamentum creditoris in quo se emisse pignus expressit signasse proponitur.*

En Normandie le témoin ne pourroit s'excuser de n'avoir point sçû le contenu du Testament, parce que suivant la Coûtume le Testament doit étre lû au Testateur en la presence des témoins : De sorte que le témoin qui signeroit un Testament aprés la lecture qui auroit esté faite en sa presence, & qui contiendroit des clauses qui luy seroient préjudiciables, seroit presumé renoncer à son droit, s'il les approuvoit par sa signature.

La signature seroit préjudiciable à un témoin dans un Testament, où il y va de son interest.

Pour sçavoir quant & comment la presence ou la signature à un Contrat, ou à quelque acte peut être préjudiciable, voyez Monsieur Loüet, l. N. n. 6. Bouguier, l. F. n. 8. Robert, *Rer. Jud. l. 4. c. 14. Neguzant. de Pign. & Hypoth. part. 6. memb. 3. n. 23.* Charondas en ses réponses. l. 8. c. 219. Mainard. l. 8. c. 70. Cambolas. l. 5. c. 25.

La mere de Marie Hannequin estoit presente lors qu'elle épousa en secondes nopces le nommé le Miere, & elle ne déclara point qu'il luy fust rien dû par sa fille ; le mary qui estoit un Matelot allant en voyage laissa une procuration à sa femme, estant tombé malade sa mere luy fit reconnoistre une obligation de 150. livres qu'elle luy avoit prestées durant sa viduité; La fille estant décedée lors qu'elle voulut faire vendre les meubles de son gendre, son pere s'y opposa, mais nonobstant son contredit, le Juge d'Arques ordonna que les meubles seroient vendus, & que la mere seroit payée par provision : Sur l'appel de Cahagnes, son Avocat disoit que la reconnoissance de cette obligation estoit nulle, la femme mariée n'estant pas capable de contracter ny de sister en Jugement, que sous l'autorité de son mary, qu'il y avoit apparence que cette mere avoit exigé cette obligation de sa fille voyant qu'elle n'avoit pas d'enfans, & ce qui confirmoit cette presomption, c'est que quand sa fille

La femme mariée ne peut contracter ny sister en jugement.

se maria elle n'en fit aucune mention ; ce qui suffisoit pour la rendre non recevable à sa demande ; parce qu'elle devoit s'y reserver, ou déclarer que cette obligation luy étoit dûë, autrement le mary auroit esté trompé, & que c'estoit une reticence frauduleuse. Theroude répondoit pour la mere, que son silence ne luy pouvoit nuire, que si par le Contrat de mariage elle luy eust donné quelque chose & qu'elle ne se fust point reservée, en ce cas il y auroit lieu de presumer qu'elle auroit remis cette dette à sa fille, mais n'ayant signé que comme témoin & sans promettre aucune chose, ny déclarer que sa fille ne devoit rien, elle n'estoit point obligée de déclarer ce qui luy estoit dû : Par Arrest en la Chambre de l'Edit du 24 Janvier 1652. la Sentence fut cassée, & le Miere déchargé du payement de l'obligation, sauf à la mere à se pourvoir sur les biens de sa fille.

Le debiteur ne peut jamais par quelque acte qu'il puisse faire, causer du préjudice à son creancier, ny affoiblir ou diminuer les hypotheques qu'il a contractées, soit qu'il vende, donne, ou échange son bien ; nonobstant tous ces Contrats le creancier peut poursuivre son gage. *l. res. 7. C. de remis. pig. l. debitorem. 15. C. de pign. & hyp. debitorem neque vendentem, neque donantem, vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est.*

Mais si le creancier aprouve la vente ou la donation faite par son debiteur, son hypotheque est effacée. *l. creditor. qui prior. 12. §. si tecum. D. qui pot. in pign. hab. l. si debitor. ꝛ. 1. D. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* Papon l. 11. t. 3. rapporte un Arrest du Parlement de Paris qui l'a jugé de la sorte. Si le creancier avoit simplement consenti que la chose qui luy étoit engagée fut hypothequée à un autre, ce creancier seroit-il presumé avoir remis tout son droit, non seulement à l'effet que ce nouveau creancier succedast en sa place, mais mesme que tous les autres creanciers posterieurs luy fussent preferez ? Le Jurisconsulte en la *l. Paulus §. 72. D. quib. mod. hyp. solv.* la decide de cette maniere, *antiquiorem creditorem consentientem cum debitor eandem tertio creditori obligaret jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse, & ideo medii creditoris meliorem causam effectam.*

Mais la Glose & les plus celebres Interpretes du Droit ont

estimé que cette décision étoit trop generale, & qu'il falloit examiner quelle avoit esté la pensée du creancier qui avoit donné son consentement, & en quels termes il s'étoit exprimé; Car s'il n'avoit eu dessein de consentir la preference qu'en faveur de celuy qui la stipuloit, elle devoit profiter à luy seul sans la pouvoir étendre en faveur des autres creanciers posterieurs; Si au contraire il avoit permis au debiteur la libre disposition de la chose hypothequée, en ce cas il étoit présumé avoir remis tout son droit. Glos. *in D. l. Paulus & l. 3. C. de remiss. pign. Neguzant. in 3. membro. 6. punc. n. 13.*

Le debiteur ne peut se prévaloir du consentement du creantier que de la maniere & pour la cause prescrite: Par exemple, si on ne luy avoit accordé la faculté de vendre le gage que par un certain prix, & qu'il le donnast à meilleur marché, ou bien si on luy avoit permis de vendre, & que le debiteur eust fait une donation, le creancier soûtiendroit avec justice que son consentement ne luy pouvoit estre opposé, parce que l'on n'avoit pas suivy son intention, & que si le debiteur avoit vendu la chose il en seroit devenu plus riche & par consequent plus solvable; mais en donnant il ne luy en revenoit rien. Ce ne seroit pas la mesme chose si le debiteur ayant la permission de donner il avoit vendu, à moins que le donateur n'eust consenti à la donation, par cette raison que le donataire étoit son amy. *l. sicut. 8. §. sed si permiserit. D. quib. mod. hyp. solv.*

Il faut neanmoins que ce consentement soit exprés, & certain par la signature du creancier au Contrat de vente; la connoissance qu'il auroit euë de la vente ne luy pourroit nuire, & sa simple presence n'équipolleroit pas à un consentement: *non videtur consensisse creditor si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est vænire quod sciebat ubique pignus sibi durare. l. sicut 8. §. non videtur. 18. D. quib. mod. pig. solv.* La signature mesme du creancier ne luy osteroit pas son droit d'hypotheque si elle avoit esté obtenuë par surprise; comme il est decidé dans ce mesme paragraphe *non videtur, sed si subscripserit fortè in tabulis emptionis consensisse videtur, nisi manifestè appareat deceptum esse*, & comme en l'espece de l'Arrest rapporté par Mr Mainard l. 8. c. 70. dont j'ay parlé cy-dessus.

Que si la vente ne subsistoit point pour estre nulle ou qu'elle

n'euſt point eu d'effet, pourroit-on objecter au creancier ſon conſentement & en conſequence le priver de ſon hypotheque? Ces deux cas ſont decidez par deux loix expreſſes : le premier en la *l. ſi debitor. §. 2. D. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv. Bellè quæritur ſi fortè venditio rei ſpecialiter obligatæ non valet an nocere creditori hac res debeat quod conſenſit ut puta ſi qua ratio juris venditionem impediat, dicendum eſt pignus valere l. 4.* le ſecond eſt auſſi decidé en la *l. ſicut. 8. §. ſi voluntate*, & en la l. 10. au meſme titre, *voluntate creditoris pignus debitor vendidit, & poſtea placuit inter eum & emptorem, ut à venditione diſcederetur, jus pignorum ſalvum erit creditori, neque enim omnino creditor jus remiſit, ſed ita demum ſi emptor rem retineat, nec reddat venditori :* Le conſentement eſt toûjours preſumé donné ſous cette condition, *ſi venditio valida ſequatur*.

Que ſi aprés la vente ou donation faite du conſentement du creancier, la choſe venduë ou donnée retournoit en la poſſeſſion de l'obligé ſoit par acquiſition, permutation, ſucceſſion ou par quelque autre titre, deviendroit-elle derechef affectée à la dette de ce creancier, & ſon hypotheque pourroit-elle renaiſtre ? Sur cette queſtion l'on trouve deux loix formellement contraires. Le Juriſconſulte en la *l. ſicut. §. 8. ſupervacuum. D. quib. mod. hyp. ſolv.* dit qu'il n'y a pas de doute que la choſe étant retournée entre les mains du debiteur, le creancier y conſerve ſon hypotheque. Au contraire l'Empereur Juſtinien en la Loy *ſolita C. de remiſ. pign.* decidant cette difficulté, veut qu'encore que l'on puſt dire, que la premiere hypotheque étoit renouvellée, qu'elle étoit generale de tous biens preſens & à venir, neanmoins que le creancier ayant renoncé à ſon droit il eſt indigne d'y rentrer : Les Interpretes ont inventé pluſieurs diſtinctions pour concilier ces deux Loix, mais il faut dire que Juſtinien avoit corrigé le Droit ancien qui paroiſt neanmoins équitable ; car puiſqu'en vertu de la clauſe generale de tous biens preſens & à venir tout ce que le debiteur poſſede au temps du Contrat, & qu'il peut acquerir dans la ſuite eſt ſuſceptible d'hypotheque ; Pourquoy les biens que le debiteur à vendus & qui retournent par aprés en ſa poſſeſſion seront-ils moins affectez à ſes dettes, que tous les autres biens dont il acquiert la proprieté? Et ce n'eſt pas une raiſon ſuffiſante que le creancier pour avoir fait une grace à ſon debiteur, en luy permettant de vendre ſon

bien soit indigne de se faire payer, s'il arrive que par donation, succession ou par quelque autre voye il retourne en sa main, & le consentement que le creancier a donné à la vente de ce mesme bien n'empesche point qu'il ne puisse estre rechargé de la premiere hypotheque de la mesme maniere que tous les autres biens nouvellement venus au debiteur.

Pour decider cette question, il faut examiner de quelle maniere le creancier s'est expliqué; car s'il a renoncé generalement à toute hypotheque, le retour des biens qu'il a abandonnez ne peut faire revivre l'hypotheque qui étoit éteinte, & l'on ne peut plus l'étendre sur les biens qui pouvoient venir au debiteur; mais si le creancier avoit simplement renoncé aux biens que le debiteur possedoit alors, son hypotheque étant contractée sur tous les biens presens & à venir, & la renonciation n'étant que pour les biens presens, elle pourroit subsister sur les biens à venir.

Les hypotheques se perdent à faute de s'estre opposé à la vente judiciaire des biens du debiteur.

Souvent les hypotheques se perdent à faute par le creancier de s'estre opposé à la vente judiciaire des biens de son debiteur: *si eo tempore quo prædium distrahebatur programmate admoniti creditores cum præsentes essent jus suum executi non sunt, possunt videri pignoris obligationem remisisse. l. si eo tempore. C. de remis. pign.* La Glose expliquant cette Loy, dit que le creancier est présumé present lors qu'il a pû avoir connoissance des proclamations qui ont esté faites publiquement. En effet les decrets se passent pour les droits hypothecaires, au préjudice de tous absens & non contredisans. *nam fiscalis hastæ fides facilè convelli non debet. l. si hypothecas 8. c. de remis. pign.*

L'on a demandé si un acquereur qui s'est chargé d'acquiter une rente, peut changer cette délegation, en payant la prix à son vendeur, ou s'il demeure irrevocablemeut & personnellement obligé au creancier delegué, sur tout lors que cet acquereur en execution de son Contrat a payé la rente durant plusieurs années, mais à l'acquit de son vendeur? La veuve Pinchon & le nommé Poulain son fils, pour se liberer de 15. liv. de rente envers les nommez Fremont, vendirent un heritage à Jean Fremont, qui se chargea de les en acquiter. Il en paya les arrerages durant six années, mais les quittances portoient que c'estoit à l'acquit de Pinchon; depuis par un Contrat posterieur,

sieur, ses vendeurs le déchargerent de cette submission, moyennant le payement des deniers qui luy étoient restez : Nonobstant cette liberation, le creancier demanda les arrerages de sa rente à cet acquereur, qui s'en défendit par cette raison, que ne s'estant point obligé personnellement avec ce creancier, & n'ayant point contracté avec luy, il avoit pû se liberer de sa submission de la mesme maniere qu'il s'y étoit engagé, & changer cette délegation du consentement de son vendeur, c'est pourquoy il n'avoit aucune action personnelle contre luy, il pouvoit seulement saisir réellement le fonds qu'il avoit acquis; le Juge des lieux ayant debouté ledit Fremont de son action, sauf à luy à s'adresser hypothecairement sur le fonds affecté à sa creance; sur l'appel Bouvier son Avocat prétendoit que ledit Jean ayant une fois pris cette submission de luy payer sa rente, il avoit contracté une obligation personnelle envers luy, dont il n'avoit pû se décharger par le Contrat qu'il avoit fait depuis avec son vendeur, que par l'Art. 532. de la Coûtume de Normandie, le creancier peut contraindre le possesseur de l'heritage qui luy est hypothequé à luy passer un Titre nouveau, ce qui produisoit une obligation personnelle & hypothecaire sur tous les biens de l'acquereur, que cet acquereur ne le vouloit forcer à prendre la voye hypothecaire que pour le consumer en frais, puis qu'aussi bien il seroit tenu de payer la rente ou de perdre son acquest. Lyout pour l'Intimé, répondoit que le creancier n'ayant point esté present à son Contrat, il avoit esté en la faculté de son vendeur & de luy d'en changer les conditions, n'estant rien de plus favorable ny de plus naturel que de se pouvoir liberer par les mesmes voyes que l'on s'estoit obligé; qu'il étoit vray que tandis que sa submission subsistoit, si le creancier l'avoit poursuivy il auroit esté tenu de luy passer reconnoissance de la rente, aprés laquelle il n'auroit plus esté en son pouvoir de s'en décharger sans son consentement, puis qu'il l'auroit reconnu pour son creancier, mais ayant negligé de le faire obliger envers luy il n'avoit aucune action contre luy, que les payemens qu'il luy avoit faits ne l'engagoient point, n'ayant payé qu'à l'acquit de ses vendeurs, & non pas comme étant personnellement obligé : Par Arrest du 19 de Novembre 1655. la Sentence fut confirmée.

En plusieurs cas, nonobstant que le creancier n'ait point esté payé, son hypotheque ne laisse point de finir; nous en avons un exemple en la *l. si rés. D. quib. mod. pign. solv.* où l'on demande si un fonds avoit esté vendu à cette condition, que si dans un certain temps le vendeur en pouvoit avoir davantage la vente demeuroit nulle, & que cependant l'acheteur eust engagé ce fonds & qu'aprés cela le vendeur eust trouvé un meilleur party, l'engagement seroit nul. On répond, *pignus finiri si melior conditio allata sit initio.*

Au contraire dans cette autre espece l'on résoud que si la chose étoit venduë sous cette condition, pourvû qu'elle ne déplust point à l'acheteur, & que cét acheteur aprés l'avoir hypothequée voulut rompre son marché, l'hypotheque qu'il avoit contractée ne cesseroit point, par cette raison qu'il ne doit pas estre en la liberté du debiteur de faire subsister ou de resoudre son obligation.

Il en seroit de mesme de celuy qui auroit acheté un Cheval qui le voudroit rendre aprés l'avoir engagé, *l. 4. Cod.*

Mais l'hypotheque qu'un creancier auroit sur quelque heritage pourroit-elle estre dissoute & éteinte par le fait seul du debiteur? Par exemple, si aprés la récision d'un Contrat pour lesion d'outre-moitié de juste prix, les hypotheques contractées par l'acquereur deviendroient nulles & de nul effet, si aprés la reversion du fief les hypotheques demeurent, si elles sont détruites par le déguerpissement que le preneur fait de l'heritage qu'il a affecté à ses dettes.

Il semble que toutes les fois que le possesseur d'une chose cesse d'y avoir droit, toutes les hypotheques qu'il avoit contractées sur icelles ne peuvent subsister, encore bien que la resolution du Contrat n'ait pas un effet retroactif; suivant cette regle que *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, qui est prise de la Loy *lex vectigali. D. de pignor.* dans l'espece de laquelle la resolution du Contrat n'étoit pas fondée sur une cause qui eust un effet rétroactif. *In vectigali fundo pignus quidem consistit, sed si fundus domino commissus sit, jus pignoris evanescit*, & la pluspart des Docteurs tiennent que quand le fief retourne au Seigneur par puissance feodale, toutes les hypotheques & les servitudes imposées par le Vassal sont éteintes; *si Vassallus feudum in manu Do-*

Un fief retournant au Seigneur feodal, les servitudes imposées par le Vassal sont éteintes.

mini refutet, vel aliâ ratione, fortè culpa intercedente amittat, tunc omnis feudi alienatio ab eo facta in irritum revocatur. ℓ. *est autem, tit. de jure quod Vassallus in feudo habet. l. 2. feud.*

Pour decider ces queſtions, l'on conſidere ſi la reſolution du Contrat procede d'une cauſe neceſſaire, alors les hypotheques poſterieures au Contrat ſont diſſoutes, mais quand elle n'a pour cauſe que la ſeule volonté de celuy qui a contracté les les hypotheques, elles ne laiſſent pas de ſubſiſter, parce qu'il n'eſt pas au pouvoir du debiteur de faire ceſſer l'hypotheque quand il luy plaira.

Cette diſtinction eſt tirée de la Loy, *ſi res. 3. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* où nous trouvons l'exemple d'une reſolution neceſſaire & volontaire. Un heritage avoit eſté vendu à cette condition que ſi dans un certain temps le vendeur trouvoit un meilleur party la vente n'auroit point d'effet; l'acheteur ſans attendre que le terme fuſt expiré, engagea ce meſme heritage, mais le vendeur en ayant trouvé davantage, il étoit queſtion de ſçavoir ſi l'hypotheque contractée par l'acheteur pouvoit ſubſiſter? le Juriſconſulte répond, que *finitur pignus meliore conditione allata*, la raiſon eſt que cette reſolution ſe faiſoit neceſſairement en vertu de la condition contenuë au Contrat, qui empeſchoit que l'acheteur ne fût proprietaire irrévocable du fonds. Or c'eſt une maxime certaine que quand quelqu'un engage une choſe en laquelle il n'a pas un droit plein & incommutable, & qu'au contraire un autre a un droit plus puiſſant, en vertu duquel la proprieté luy en peut retourner, lors que ce dernier veut reprendre la choſe, & que le droit du premier ceſſe comme étant le plus foible, les charges, les ſervitudes & les hypotheques qu'il a impoſées ſont diſſoutes par une cauſe neceſſaire.

De la reſolution d'un Contrat neceſſaire & volontaire.

Dans cette meſme Loy l'on trouve l'exemple d'une réſolution volontaire, ſi la choſe avoit eſté venduë en cas qu'elle ne dépluſt pas à l'acheteur, & qu'aprés avoir contracté des hypotheques il conſentiſt à la réſolution de la vente, les hypotheques ne ſeroient pas finies, parce que, dit la Gloſe, *in arbitrio debitoris eſſe non debet an res ſit obligata nec-ne*, la Loy *ſi debitor. 4.* au meſme Titre contient une pareille déciſion.

Mais il eſt ſouvent malaiſé de diſcerner ſi la réſolution du

Contrat se fait par une cause volontaire ou necessaire : en effet sur cette question, si par la recision du Contrat pour deception d'outre-moitié de juste prix, les hypotheques constituées par l'acheteur sont éteintes, les sentimens des Docteurs anciens & modernes sont partagez pour sçavoir si ces hypotheques demeurent, parce qu'ils ne conviennent pas si une cause volontaire ou necessaire a donné lieu à la recision du Contrat.

Bartole, qui le premier a traité cette question sur la *l. 3. quib. mod. pign. solv. D.* a estimé qu'il faloit distinguer, *an emptor cogatur revendere ex necessitate, vel ex voluntate*, & il conclud que dans cette espece la résolution du Contrat a esté volontaire, parce qu'il étoit au pouvoir de l'acheteur de ne rendre pas l'heritage en suppléant le juste prix; *nam emptor reddit rem ex voluntate non ex necessitate, cum possit supplere pretium : Vinnius*, bien qu'il ait suivy l'opinion de Bartole en sa quest. 5. l. 2. n'approuve pas cette raison, parce, dit-il, que *pro voluntario haberi non debet ad quod præstandum judicio conveniri & cogi possumus* : Il en donne cette autre raison, que l'hypotheque ayant esté constituée sur un fonds par celuy qui en étoit alors le veritable Seigneur & proprietaire, & qu'il l'avoit acheté purement & simplement sans aucune condition suspensive & resolutive doit subsister, *quia non potest jus alicui semel quæsitum voluntate ejus per quem istud quæsitum est illi auferri. l. ult. D. de pact.* & quoy qu'il semble rigoureux que le vendeur qui rentre dans son fonds demeure toutefois chargé de cette servitude: On répond qu'il peut user du remede qui est proposé dans la *l. redhibere.* §. *1.* & dans la *l. Bovem.* §. *pignus. D. de ædil. Ed.* à sçavoir ou que l'acheteur rende la chose libre comme elle luy a esté baillée, ou qu'il donne caution au vendeur qu'il n'en sera point inquieté.

Au contraire Balde sur la *l. 2. C. de rescid. vend. n. 42.* & suivans, a fort bien prouvé que le droit de l'acheteur ne subsistant plus, celuy du creancier cesse entierement, sa raison est qu'il faut plûtost considerer, *id quod est in natura actionis revocatoriæ quæ competit ad rem, quàm id quod est in nuda facultate solvendi pretium*, & puis que la chose retourne au vendeur, l'hypotheque constituée par l'acheteur ne doit pas demeurer, n'ayant pas esté en son pouvoir de faire tort à son vendeur & d'empirer sa condition, vû que la chose ne luy appartenoit pas irrévocable-

ment, & qu'il pouvoit en estre dépossedé, *ex dispositione legali*, & par une clameur révocatoire, *beneficio. l. 2. de resc. vend.* & l'on peut reprocher au creancier qu'il pouvoit se presenter & offrir luy-mesme le suplément du juste prix, & ne l'ayant pas fait il se doit imputer sa perte, & cette opinion est la plus veritable, & l'on ne doute plus aujourd'huy, dit Loyseau, du Deguerp. l. 6. c. 3. que les hypotheques imposées par l'acheteur ne soient entierement éteintes. Monsieur Mainard, l. 3. c. 69. rapporte un Arrest de son Parlement qui l'a jugé de la sorte, Charondas en ses Réponses. l. 6. c. 48. est aussi de ce sentiment.

Il n'en est pas de mesme, lors que le fief retourne au Seigneur par commise ou confiscation, parce qu'en France les fiefs sont perpetuels & patrimoniaux, & la Coûtume de Normandie en a fait une disposition expresse. Art. 201. *le fief retourne au Seigneur à la charge des rentes foncieres & hypotheques, &c.*

Il y a plus de difficulté lors que le Seigneur fait réünir le fief à faute d'homme, car étant de la nature du fief que le Seigneur ait un Vassal, & l'infeodation n'ayant esté faite & ne pouvant subsister qu'à condition, & par consequent la réünion se faisant, *ex antiqua & primæva causa*, c'est en ce cas que l'on peut dire veritablement que *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, & par consequent le Seigneur n'est point tenu d'acquiter les rentes constituées par le Vassal, bien qu'il fasse les fruits siens.

Par l'Article 28. de la Coûtume de Paris, le Seigneur feodal aprés qu'il a saisi le fief mouvant de luy par faute d'homme, droits & devoirs non faits, pendant le temps de la saisie n'est tenu d'acquiter les rentes, charges ou hypotheques non infeodées constituées sur iceluy par son Vassal : la Coûtume de Normandie donnant le mesme avantage au Seigneur de pouvoir réünir à faute d'homme, & il ne doit pas les rentes constituées par le Vassal, pendant que le fief est en sa main.

Mais il y a cette difference entre la Coûtume de Paris & celle de Normandie, que par l'Article 34. de celle de Paris, le creancier peut faire la foy au refus du Vassal pour obtenir la mainlevée du fief, ce qui ne se fait pas en Normandie, où le Seigneur n'est tenu de recevoir pour Vassal que le proprietaire, ainsi par la collusion du Vassal avec le Seigneur les hypotheques peuvent demeurer inutiles à ses creanciers, mais les

Les creanciers peuvent saisir les fonds qui leur sont hypothequez.

creanciers peuvent saisir réellement les fonds qui leur sont hypothequez.

Il ne faut pas neanmoins s'imaginer que par la réünion du fief ou de la roture à faute d'homme, droits & devoirs non faits, les hypotheques soient dissoutes & éteintes, le Seigneur a seulement cét avantage de ne payer point les rentes, tant que l'heritage est en sa main en vertu de la réünion. Cependant puis qu'en Normandie le Seigneur n'est point tenu de donner la main-levée ni de recevoir pour Vassal que le veritable proprietaire, il ne peut rester aux creanciers aucune voye pour se faire payer que par celle de la saisie réelle, quoy que cela semble rigoureux, puis que les Seigneurs sont une espece d'heritiers *successores bonorum*, & cela est beaucoup plus rude dans le cas de réünion, que dans celuy de la commise ou de la confiscation, car le Seigneur en vertu de la réünion ne devient jamais proprietaire tant qu'il se presente un Vassal, mais par la confiscation la proprieté luy est incommutablement acquise : Or puis que la réünion est un droit revocable, il n'y a pas d'apparence d'obliger les creanciers à entreprendre un decret pour se faire payer. Mais il est de l'interest du Seigneur d'avoir un homme vivant, mourant & confisquant, ce qu'il n'a pas lors que le creancier n'a d'autre qualité que celle de subrogé aux droits de son creancier.

La confiscation acquiert au Seigneur la proprieté du fonds, sans retour.

La Coûtume de Paris a sagement prévû cet inconvenient, car en dispensant le Seigneur de payer les rentes pendant la main-mise, elle donne en mesme temps cette faculté aux creanciers de faire la foy & hommage, & d'obtenir par ce moyen la main-levée de l'heritage saisi, sans estre obligez de decreter.

J'ay remarqué sur l'Article 201. de la Coûtume de Normandie un Arrest, par lequel un Seigneur a esté déchargé de l'obligation personnelle pour l'heritage retourné en sa main par une commise, & que le creancier estoit tenu de se pourvoir par la voye hypothecaire, & quoy que cela soit beaucoup plus favorable dans le cas de la commise que dans celuy de la réünion, neanmoins le Seigneur ayant interest d'avoir un Vassal certain lors que le fief retourné en sa main à faute d'homme, & cette cause de réünion estant de la propre nature du fief, si l'on donne

cet avantage aux creanciers que leurs hypotheques subsistent & ne soient pas esteintes, ce n'est qu'à cette condition de les poursuivre par la voye hypothecaire, afin que par la vente & adjudication du fief ils puissent avoir un Vassal certain & assuré. Il paroîtroit neanmoins raisonnable de suivre la Coûtume de Paris lors que l'heritage est de si petite valeur que les frais d'un decret en consommeroient tout le prix.

Or pour l'éclaircissement de cette matiere il y a quatre cas à distinguer; le premier, lors que le fief retourne au Seigneur en vertu des conventions apposées au Contrat d'infeodation, comme si elle avoit esté faite à certaines années & à certaines generations, car aprés qu'elles sont expirées le fief retournant au Seigneur de plein droit, non point par transmission, mais par privation du droit du Vassal, toutes les servitudes & rentes creées depuis l'infeodation sont revoquées.

Le second cas est lors que le fief retourne au Seigneur par une vente volontaire de son Vassal, alors le fief passe en la main du Seigneur avec toutes ses charges: Le troisiéme lorsque par desherance ou confiscation la terre revient au Seigneur, il est tenu des charges & hypotheques; enfin lors que le Vassal est dépoüillé de son fief par sa felonnie ou son ingratitude, les servitudes & les rentes par luy constituées ne laissent pas de demeurer, mais c'est aprés la discussion des autres biens du Vassal, & qu'ils ne se trouvent pas suffisans pour les acquiter, suivant l'Arrest que j'ay remarqué sur l'Article 201. de la Coûtume de Normandie.

De la desherance & de la confiscation de la terre du vassal.

C'est un usage certain que les hypotheques ni les autres charges ne sont point esteintes par le déguerpissement, parce qu'il procede purement de la volonté du detenteur qui ne pouvoit estre contraint de déguerpir, & par cette raison il ne doit pas estre en la liberté de resoudre & d'annuller les Contrats qu'il a faits, *ne sit in arbitrio debitoris, an res quam ipse debitor obligavit maneat obligata*, Loyseau du Deguerp. l. 6. c. 3. La Glose & Bartole sur la *l. eleganter. D. de pign. act.* estiment que le creancier qui prend du bien en payement de sa dette, quoy que par aprés il en soit évincé, ne rentre point en ses premiers droits, & que son action premiere est tellement esteinte que l'éviction n'est point capable de la faire revivre: *Re in solutum data, vel à parte evicta non agitur primitiva, sed utili ex empto ad interesse.*

Le déguerpissement n'esteint point les hypotheques ny les autres charges.

Cette matiere est assez embarrassée dans le Droit Romain : pour prouver que la premiere obligation est entierement esteinte, & qu'elle ne peut plus revivre, on allegue la *l. eleganter de pignerat. act.* suivant laquelle si celuy qui s'est fait bailler le gage ou qui l'a pris volontairement en payement est dépossedé, il ne peut plus exercer sa premiere action, il peut seulement demander ses interests ; *videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu discessum, immò utilis ex empto actio accommodata est.* Ce qui est confirmé par la *l. 1. C. de rer. permut.* & par la *l. qui res. ʒ. aleam. D. de solut.* & l'on ajoûte que *datio in solutum vicem solutionis obtinet. l. 4. C. de evict.* sauf au creancier à se pourvoir *utili actione ex empto*, pour ses dommages & interests.

L'on cite pour l'opinion contraire la *l. si quis rem aliam de solut.* suivant laquelle le creancier qui a pris volontairement une chose pour une autre, s'il est dépossedé, peut agir en vertu de son ancienne obligation, *si res evicta fuerit, remanet pristina obligatio*, parce que suivant la raison de la *l. si rem meam*, au mesme titre, *si res tibi avocari posſit, non liberat*, il est presumé ne l'avoir acceptée que sous cette condition, *quæ tacitè inest*, qu'elle luy demeure irrévocablement, *solutum enim non videtur quod solutum non durat.*

Monsieur Cujas au Livre 19. de ses Observat. c. 38. a essayé de concilier ces Loix par cette distinction, que quand la dette est acquitée par le moyen d'une vente, la liberation n'est parfaitement acquise, *ex natura emptionis liberationem contingere ei qui rem alienam solvit pro pecunia, quia venditor non tenetur facere rem accipientis*, & l'acquereur ne peut demander que les interests de l'eviction.

Si la vente avoit esté faite avec faculté de rachat, il est sans difficulté que l'heritage ne seroit point affecté aux dettes de l'acheteur, & que toutes les hypotheques qu'il auroit contractées finiroient par la remise qu'il seroit obligé d'en faire, parce que cette revente est faite *ex necesſitate præcedentis contractûs & pacti, Neguzant. p. 5. memb. 1. n. 44.*

Si le donataire d'un fonds l'avoit engagé & hypothequé à ses dettes, l'on a demandé si la donation estant depuis revoquée par ingratitude, la chose donnée retourneroit au donateur exempte de toutes les charges imposées par le donataire ?

Les raisons de l'affirmative sont que le donataire est forcé malgré luy de rendre l'heritage, & que la donation est résoluë de plein droit. On répond pour la negative, que le donataire ayant acquis la pleine Seigneurie de la chose, il n'a pû par un acte posterieur détruire ce qu'il avoit fait; que s'il estoit vray que la donation fust revoquée de plein droit, les hypotheques seroient esteintes : mais bien loin que cela soit, que par la Loy *his solis versit. actionem verò matris. C. de revoc. don. personalis actio donatori tantum competit*, & en effet cette action est tellement personnelle qu'elle ne passe point aux heritiers, *l. 1. l. 7. & l. ult. C. eodem*, il faut qu'il paroisse un changement de volonté de la part du donateur pour donner lieu à la revocation. Je traiteray plus amplement ces questions dans la seconde Partie chapitre septiéme.

Cette revocation estant une espece de vengeance que la Loy permet au donateur d'exercer, elle est semblable à l'action en injures, qui n'est jamais donnée à l'heritier de celuy qui a esté offensé : *Instit. de perpet. & temporali act.*

Les Docteurs ont aussi traitté cette question, si la donation n'ayant point d'effet pour n'avoir point esté insinuée, les hypotheques & charges constituées par le donataire peuvent subsister? Il semble qu'en ce cas la résolution de la donation soit volontaire, puis qu'elle arrive par la pure faute du donataire pour avoir negligé d'en requerir l'insinuation. On répond premierement, que le creancier en devroit prendre le soin s'il en avoit connoissance : En second lieu, que la donation ne pouvant valoir si elle n'est insinuée le donataire n'avoit pas un droit perpetuel & irrevocable, sa donation demeuroit sujette à revocation pendant qu'elle n'estoit pas accomplie & parfaite, & c'est le sentiment de Bartole sur la *l. 3. D. quib. mod. Pign. vel hypoth. solv.* & de Balde sur la *l. 2. c. de resc. vend. n. 45.* La donation requiert l'insinuation.

Si la concession d'un heritage n'avoit esté faite à un particulier que pour luy & pour ses enfans nez & à naistre, si aprés le decez du pere les enfans renoncent à sa succession, pourront-ils avoir cet heritage en exemption des hypotheques que le pere avoit contractées sur iceluy? Car les enfans peuvent dire qu'ils y viennent en vertu de la concession, & *jure suo*, & non point comme

heritiers ; on a suivy neanmoins la doctrine de Bartole sur la *l. quod dicitur de verbor. oblig. qui sibi & liberis stipulatur in materia transitoria ad hæredes ac transmissibilis censetur stipulari, heredibus non ut liberis simpliciter, eoque casu adjectam liberorum personam nihil aliud importare quàm heredum*, c'est à dire que les enfans n'y peuvent rien prétendre qu'en qualité d'heritiers de leur pere.

L'hypotheque sur un usufruit finit par l'extinction de cét usufruit.

L'hypotheque est entierement esteinte lors que le creancier acquiert le fonds qui luy étoit obligé ; mais si par aprés il en est depossedé peut-il reprendre ses premieres hypotheques ? Sur ce sujet il y a plusieurs Loix qui paroissent contraires, par la Loy *si tibi. D. quib. mod. usufr. amit.* lors que la consolidation est volontaire, par exemple lors que l'usufruitier acquiert la proprieté, l'usufruit ne peut plus revivre ; *dum enim proprietatem acquisis jus omne legati usus fructus amisisti.* Au contraire dans la *l. Dominus. D. de usufr.* si l'usufruitier auquel la proprieté avoit esté leguée par un pere, est depossedé par le fils de ce pere, l'usufruit n'est point esteint, *mansit jus usus fructus integrum.*

L'hypotheque contractée sur un usufruit finit par l'extinction de cet usufruit, & generalement toutes hypotheques se perdent par l'extinction de la chose hypothequée. *l. 8. in princ. D. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* Il faut pourtant que cette extinction soit entiere ; car s'il en reste quelque portion l'hypotheque subsiste, *hoc in pristina pignoris causa manet.* Par exemple, si une maison avoit esté brûlée ou démolie, la place & le fonds sur lequel cette maison avoit esté bâtie demeureroit encore hypothequée au creancier. *domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius : Paulus respondit pignoris persecutionem durare, l. Paulus. ꝶ. Domus. D. de pign. & hyp.* Il est vray neanmoins que si quelqu'un avoit acquis la place aprés la démolition de cette maison, & qu'il y eust fait construire un nouveau bâtiment, il ne seroit pas tenu de leur remettre le fonds & la superficie s'il n'étoit remboursé de ses frais, comme il est decidé en cette loy, *jus quidem soli superficiem sequutam videri, id est cum jure pignoris, sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere quàm sumptus in extractionem erogatos quatenus res pretiosior facta est restituerent:* Cela n'a lieu qu'à l'égard de l'acquereur de bonne foy ; car le debiteur ne pourroit pas deman-

der le remboursement de ses frais, ny empescher la continuation de l'hypotheque sur la maison qu'il auroit rebâtie ; *l. ult. de pign. & hyp.*

Il faut donc pour faire cesser l'hypotheque que l'extinction de la chose hypothequée soit entiere, car le changement d'une espece en une autre ne détruiroit point le droit du creancier. Et c'est une question que les Docteurs ont fort agitée.

L'hypotheque ne cesse que par l'extinction de la chose entiere.

L'hypotheque constituée sur un fonds ou sur une maison ne seroit pas esteinte, bien que ce fonds ou cette maison vint à perir par incendie ou par quelque cas fortuit. *l. 1. §. cum prædium. D. de Pign.* Cela est veritable lors que la proprieté de la chose hypothequée demeure au debiteur, car aprés la vente tout le peril tombe sur le creancier.

Si ce n'étoit pas une veritable vente, mais un Contrat purement pignoratif, le creancier pourroit-il estre contraint de se contenter du fonds ou de la maison en l'état qu'elle seroit pour tout payement, en sorte que le debiteur fût entiérement déchargé ? Le creancier peut dire que n'étant qu'un simple engagement & le debiteur ayant la puissance de retenir l'heritage & d'en disposer à qui bon luy semble ; il ne seroit pas raisonnable de forcer le creancier à le prendre en payement de sa dette, autrement il seroit en la liberté du vendeur de faire valoir ce Contrat comme une vente, s'il y trouvoit son avantage, ou bien comme une simple impignoration s'il n'y trouvoit pas son compte : Or l'on ne peut changer la nature du Contrat sans le consentement réciproque des Parties contractantes. Il a esté jugé par Arrest du Parlement de Paris, rapporté par Goujet quest. 51. que le creancier en ce cas n'a pas le mesme privilege que le debiteur qui a esté forcé par la necessité de ses affaires d'engager ou de vendre selon qu'il a plû à son creancier, qui n'a contracté que pour profiter & pour augmenter son bien ; & c'est pourquoy bien que la vente faite par le debiteur à son creancier ne soit considerée que comme un Contrat pignoratif, *in odium creditoris*, neanmoins on permet au debiteur de renoncer à ce qui est introduit en sa faveur, pour contraindre le creancier à prendre l'heritage en payement de sa dette.

L'hypotheque assise sur une maison, n'est pas esteinte, la maison étant perie.

La nature du Contrat ne se peut changer sans le consentement des parties.

Si au contraire l'on a fait une permutation, *si res pro re data sit*, comme en l'espece de la *l. si quis rem aliam* ; en ce cas la pre-

miere obligation demeure, *quia permutatio ita geritur ut res fiat accipientis; do ut des*, & par consequent la permutation n'ayant point son effet, les choses retournent en leur premier état.

La distinction de Mr Cujas ne me paroist pas résoudre la difficulté: Car si l'un des compermutans a droit de reprendre la chose qu'il avoit baillée en contr'échange, parce que la permutation n'a point eu son effet, il n'est pas moins équitable que le creancier qui souffre l'éviction de la chose qu'il avoit reçûë en payement rentre dans ses premiers droits & conserve ses anciennes hypotheques, puis qu'il n'avoit tenu quitte son debiteur que dans l'assûrance qu'il joüiroit paisiblement & irrévocablement du fonds qui luy avoit esté baillé en payement.

Et cette opinion est sans doute la plus juste & la plus veritable: Car quoy que par l'achat fait par le creancier du fonds hypothequé les hypotheques demeurent confuses & éteintes, cela n'a lieu que conditionnellement en cas que la vente subsiste, & que ce creancier acquereur demeure proprietaire incommutable du fonds qui luy a esté vendu; car s'il en est depossedé pour quelque cause que ce soit par rescision, ou pour une autre cause qui ait un effet retroactif; *aut quæ operetur ut ex nunc*, pourvû que cela se fasse sans fraude, l'effet de la confusion cesse & les hypotheques demeurent au mesme état qu'elles étoient auparavant, & il en est de mesme comme si par la permission du creancier le debiteur avoit disposé de la chose hypothequée, & que par aprés cette vente fust dissoute par la volonté du vendeur & de l'acheteur, *tunc jus pignoris salvum manet creditori, quia res in pristinum statum rediit resoluta venditione. l. voluntate. quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

En effet, les Loix que l'on oppose au contraire ne decident pas que la premiere obligation soit éteinte, elles donnent veritablement au creancier *actionem utilem ex empto*, pour ses dommages & interests, mais elles ne luy ôtent pas l'action & l'hypotheque de la premiere obligation, & laquelle peut subsister avec l'action utile *ex empto*, par l'une il peut rentrer dans ses premiers droits aprés l'éviction, & par l'autre il peut demander les interests, & les dommages qu'il souffre à cause de sa dépossession.

Mais la question est beaucoup plus difficile à l'égard de la

caution, comme je l'expliqueray dans le dernier Chapitre du Tître des Fidejusseurs.

Deux grands Jurisconsultes Trebatius & Labeo, furent de sentiment contraire sur cette question, si celuy qui hypothequoit la portion qui luy appartenoit par indivis en une chose commune estoit changée & venoit à cesser par la division qui s'en faisoit entre les coheritiers ou associez, en sorte qu'elle ne subsistast plus sur la chose commune, mais seulement sur la portion de celuy qui avoit constitué l'hypotheque ? *Trebatius* estimoit, *non tantùm partem manere obligatam, quæ per divisionem debitori contigisset*, au contraire *Labeo* soûtenoit que, *jus creditori ante divisionem quæsitum non potuisse arbitrum inter alios vindicando mutare, l. qui fundum. D. de usufr. legat.*

Le creancier soûtenoit avec apparence que son droit ne luy pouvoit estre osté sans son consentement, que c'estoit là disposition expresse de la *l. qui consentit.* §. *illud tenendum. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* ce seroit luy donner *aliud pro alio*, & qu'en ce faisant il courroit risque de perdre tout à fait sa dette.

Les coheritiers luy objectoient que l'hypotheque qu'il avoit stipulée sur la portion qu'il sçavoit appartenir à son obligé, s'entendoit toûjours *cum onere divisionis*, que le creancier ne pouvoit avoir plus de droit qu'il en avoit luy-mesme, autrement ce seroit reduire des coheritiers à une condition miserable sans leur faute & pour les dettes d'autruy, car en pensant avoir leur lot, ils se trouveroient obligez à payer les dettes de leur coheritier. Cette question a esté amplement traitée par Monsieur Loüet l. h. n. 11. comme je l'ay remarqué, & par Goujet en son Traité des Hypotheques, dans la Preface du Titre de Partage d'heritage de la Coûtume de Normandie, j'ay rapporté un Arrest, par lequel il fut jugé entre freres que l'on procederoit à nouvelle choisie en presence de l'acquereur. Et c'est maintenant une maxime certaine que le creancier qui a stipulé une hypotheque sur la portion indivise de son debiteur en une chose commune, ne peut s'adresser aprés le partage que sur le lot de son debiteur, pourvû que les partages ayent esté faits en fraude, encore bien que l'acquereur en fust en possession.

De l'action hypothecaire & personnelle.

Par Arrest remarqué par M. Loüet l. h. n. 3. il a esté jugé que l'action hypothecaire estant jointe avec la personnelle est pro-

rogée jusqu'à quarante ans en païs Coûtûmier, suivant la disposition de la Loy *cum notissimi. C. de præscr. 30 vel 40 an.* La raison est, dit Brodeau, que bien que l'action hypothecaire soit accessoire de la principale qui est la personnelle; neanmoins icelle estant esteinte, elle ne laisse pas de subsister. Cela n'a lieu toutefois, suivant le sentiment de Bacquet des Droits de Just. c. 21. n. 188. que pour l'hypotheque conventionnelle qui subsiste de soy, & par le moyen de la convention, *in hypotheca conventionali quæ per se stat, & quæ ex conventione partium oritur*, comme lors que le debiteur d'une rente ou d'une somme de deniers, ou le vendeur d'un heritage a obligé & hypothequé tous ses biens, la Loy ne donne pas seulement l'action personnelle qui dure trente ans, mais aussi l'action hypothecaire qui dure quarante ans. Il n'en est pas de mesme en l'hypotheque legale & tacite, *quæ sine personali actione non potest subsistere, & ea sublata necesse est ut actio hypothecaria evanescat*; telle est celle que la Loy donne au pupille sur les biens de son tuteur: car aprés 30 années l'on ne peut poursuivre ni personnellement ni hypothecairement le tuteur ni ses heritiers.

L'action personnelle dure 30 ans, l'hypothecaire 40 ans.

Le tuteur & les heritiers aprés 30 ans ne peuvent estre poursuivis.

La prescription peut-elle courir en matiere d'hypotheque & d'actions hypothecaires, lors qu'un majeur est interessé avec un mineur? *an minor conservet partem majoris, & restitutio minoris prosit majori?* Brodeau sur M. Loüet l. h. n. 20. raporte un Arrest qui a jugé l'affirmative: Cet Auteur toutefois ajoûte que cela reçoit beaucoup de difficulté, parce qu'il y a difference entre les choses individuës & incorporelles, & les corporelles indivises, ou indivisées.

Les Docteurs ont aussi agité cette question, si par le changement de la chose hypothequée l'hypotheque cessoit? L'on propose l'exemple d'une maison qui avoit esté démolie pour en faire un Jardin, ou d'une place vuide sur laquelle l'on avoit fait bâtir une maison: L'on répond que l'hypotheque ne se perd point par ce changement de qualité de la chose hypothequée, & soit qu'on l'augmente ou qu'on la diminuë l'hypotheque subsiste toûjours, *l. si fundus. §. si res. D. de pign.* mais lors que la substance de la chose hypothequée perit, alors l'hypotheque se perd. *l. sicut in princip. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* l'obligation toutefois sur le debiteur demeure & subsiste toûjours;

li servo. C. de pign. jus credit. non perit, sed durat.

Suivant la *l. fidejussor. 26. ℷ. der. D. de pign.* quoy qu'un debiteur en engageant son fonds, eust aussi obligé les esclaves qui estoient sur le lieu, neanmoins si aprés le decez de ces esclaves, l'on y en substituoit d'autres en leur place, ces derniers quoy que subrogez aux premiers, ne devenoient pas hypothequez au creancier, & cependant suivant la *l. grege. §. 13.* au mesme Titre, l'hypotheque sur un troupeau n'est pas éteinte ni perduë, quoy que tout le troupeau ait changé depuis l'engagement. De mesme l'hypotheque sur une boutique n'est point aneantie, bien que depuis la constitution toutes les marchandises qui estoient dans cette boutique ayent esté venduës, mais elle dure & continuë sur les autres marchandises qui ont esté mises en la place. *l. cum tabernam*, au mesme Titre. Ce qui forme une contradiction entre ces Loix, mais on les concilie en cette maniere, que les esclaves sont considerez comme certains corps qui ont été particulierement hypothequez, & sur lesquels seulement l'hypotheque pouvoit subsister, & c'est pourquoy ceux que l'on a substituez en leur place n'estant point censez les mesmes corps, l'hypotheque ne peut estre étenduë sur iceux : mais à l'égard d'un troupeau, ou des marchandises d'une boutique, l'on ne considere pas les corps particuliers dont ils peuvent estre composez, mais une Université de plusieurs corps, & par cette raison, encore que ce troupeau & les marchandises de cette boutique ayent esté renouvellées & changées, ils ne laissent pas d'étre reputez le mesme troupeau & la mesme boutique qui estoit lors de la constitution d'hypotheque.

L'hypotheque sur un troupeau n'est pas éteinte, quoy qu'il ait changé depuis l'engagement.

Les marchandises d'une boutique imitent un troupeau pour l'hypotheque.

Mais il faut avoüer que toute cette ancienne Jurisprudence n'avoit rien de solide ni de raisonnable ; la novation consistoit en de vaines & inutiles subtilitez qui ne servoient que de pieges aux contractans & de pretextes pour faire des procez.

Pour sçavoir si le changement en la chose hypothequée fait cesser l'hypotheque, l'on doit considerer de quelle maniere la mutation s'est faite. *Cujac. l. 23. c. 22. observat.* pour faire une prairie d'une terre labourable, ou d'un vignoble un Jardin ou une maison, le droit du creancier n'est point perdu, *l. si fundus. ℷ. si res. D. de pign.* si toutefois la premiere espece de la chose estoit entierement changée, & que l'on en eust fait une nou-

De la mutation d'une prairie, d'un vignoble, d'une maison pour l'hypotheque.

velle, la premiere hypotheque ne subsisteroit plus, comme il arriveroit si les bois d'une forest avoient esté abbatus, & que l'on en eust construit des Navires ou des maisons, *quia aliud est materia, aliud navis. l. si quis convenerit. 18. §. si quis caverit. D. de pign. act.* ou si de la laine l'on en avoit fait des habits, ou d'une piece de marbre des statuës, il ne laisse pas d'y avoir de la difficulté à faire le discernement de ces mutations, l'on peut voir ce que j'en ay dit au Chapitre des Dettes Privilegiées.

La prescription résout l'hypotheque.

La prescription est encore un moyen de resoudre les hypotheques, de sorte que le tiers detenteur qui a joüy paisiblement durant 40 années, est à couvert de toutes les demandes qui luy pourroient estre faites, sans distinguer si le possesseur est en bonne foy ou s'il ne l'est pas, dautant que la possession quadragenaire vaut de Titre.

Cette prescription n'est point interrompuë par les payemens que le creancier reçoit de son debiteur; ce qui a fait douter si la prescription pouvoit courir, parce que le creancier estant fort bien payé il n'avoit pas lieu de troubler un tiers detenteur, puis qu'il n'avoit rien à luy demander; ainsi *non valenti agere non currit præscriptio*; Mais cette excuse n'est point valable en France; où le creancier peut poursuivre le tiers detenteur en déclaration d'hypotheque & interrompre la prescription par cette voye.

Comment la prescription est interrompuë.

Il ne suffit pas au creancier pour conserver son hypotheque sur tous les biens qui luy sont hypothequez de se faire payer par quelques détenteurs, sa poursuite contr'eux ne luy profiteroit point contre ceux qu'il n'auroit point inquietez; & il n'en est pas de mesme comme de plusieurs obligez solidairement, à l'égard desquels la poursuite que l'on fait contre l'un d'eux interrompt la prescription & conserve le droit du creancier à l'égard des autres, *quia in correis debendi factum unius nocet & prodest alteri. l. fin. C. de duob. reis. deb.* le payement fait par l'un des coobligez, estant presumé fait *communi nomine*. Mais le tiers détenteur dont la joüissance a esté paisiblement continuée durant quarante années une exception peremptoire contre le creancier qui a pû le troubler & qui ne l'a point fait, Goujet en son Traité des Hypoth. quest. 47. raporte un Arrest qui l'a jugé de la sorte.

Ce mesme Auteur agite cette question, si le cessionnaire d'une rente avec clause de fournir & faire valoir tant en principal qu'arrerages, ne s'estant point opposé au decret de partie des heritages affectez à la rente, sur lesquels il auroit pû venir en ordre, ou les ayant laissé prescrire pouvoit s'opposer à la vente d'autres heritages, & jusqu'où il pouvoit avoir son recours contre son cedant? le cessionnaire de la rente pretendoit que la clause de fournir & faire valoir emportoit plus, & avoit plus d'efficace que celle d'une simple garantie, celle-cy n'ayant d'autre effet que de garantir *nomen idoneum tempore contractus*, mais en vertu de la clause de fournir & faire valoir le cedant est toûjours obligé de garantir la rente bonne & solvable jusqu'au rachat, & c'est pourquoy l'on ne pouvoit luy imputer la faute de ne s'estre point opposé au premier decret; c'étoit au cedant à veiller & à s'y presenter: le cedant répondoit que le cessionnaire estant saisi du Contrat de constitution c'estoit à luy à s'oposer, & il devoit porter seul la peine d'avoir laissé prescrire ou perdre ses hypotheques; *Imputatur creditori remittenti & consentienti, idem & patienti praescribi.* Par Arrest du Parlement de Paris le cedant fut condamné à payer les arrerages, & à continuer la rente aprés discussion faite des biens du debiteur, déduction faite premierement des sommes pour lesquelles le cessionnaire eust pû venir en ordre, s'il se fût opposé au Decret: Cet Arrest estoit favorable au cessionnaire, & peut-estre aujourd'huy un cessionnaire d'une rente n'en seroit pas quitte à si bon marché, le cedant pouvant luy reprocher avec raison que si on luy avoit denoncé le decret, il auroit mis les heritages à un si haut prix, que le cessionnaire eust esté payé de toute la dette.

Du cedant & du cessionnaire.

Pour donner cours à la prescription, il n'est pas necessaire que les biens du principal obligé ayent esté discutez, comme quelques Interpretes du Droit l'ont cru, se fondans sur cette raison, que suivant l'Authentique, *Hoc si debitor. C. de pignor.* le creancier ne peut s'attaquer au tiers detenteur qu'aprés la discussion des biens du debiteur; de sorte que le creancier n'ayant pas sujet de discuter ces biens lors qu'il étoit bien payé, & ne pouvant sans une discussion precedente troubler l'acquereur, la prescription ne pourroit courir à son prejudice, suivant la regle *non valenti agere*, &c.

Mais cette excuse ne seroit point reçuë dans les lieux où la discussion n'est point necessaire, & d'ailleurs le creancier peut poursuivre le tiers détenteur en declaration d'hypotheque: C'est une maxime en Droit que l'on peut prescrire une action qui est encore à naistre, quand il est au pouvoir de celuy qui avoit interest de la faire naistre, de l'exercer & qu'il ne le fait point. *Qui potuit facere ut posset agere, potuisse videtur. l. qui potest de Regul. jur.*

Lors que l'action personnelle est éteinte, l'hypothecaire ne laisse pas de subsister, quoy qu'elle ne luy soit qu'accessoire, *sublata personali actione hypothecaria durat. l. 2. C. de luit. pign.* L'on ne peut pas d'abord constituer une hypotheque sans une obligation principale: *l. Julianus. de leg. 3.* mais lors qu'elle est une fois contractée, elle peut estre aisément separée de l'obligation principale.

De la novation.

La premiere hypotheque pouvant se perdre par l'innovation que l'on apporte aux Contrats, il est necessaire de sçavoir comment se peut faire cette novation, *nam novatione legitimè factâ mutatur obligatio, & tollitur & liberatur pignus & hypotheca.* Lors que la novation est constante, il est certain que la premiere obligation est éteinte, *l. 1. D. de novat.* mais suivant la remarque de Monsieur d'Argentré sur l'Art. de la Coût. de Bretagne, Art. 273. n. 12. *multùm interest utrùm actio actioni addita sit, quo casu utraque suam naturam servat? an prior sublata sit simpliciter an vero conditionaliter?* si l'on n'a fait qu'ajoûter quelque chose à la premiere obligation, elle demeure en son premier estat. Si au contraire elle ne subsiste plus en consequence de l'innovation qui s'est faite, elle est perimée & éteinte: si la novation n'est que conditionnelle, l'évenement de la condition regle la nature de l'obligation; que s'il est constant qu'il ne s'est fait aucune veritable novation, l'obligation conserve son premier estat.

Par l'ancien Droit Romain, la novation estoit si mal reglée qu'il en naissoit plusieurs absurditez, le moindre changement induisoit une novation, l'intervention d'une nouvelle personne faisoit le mesme effet, & encor que la seconde stipulation se trouvast nulle, la premiere obligation ne laissoit point d'estre absolument éteinte.

Aprés la compilation des Pandectes, la novation fut mieux

ordonnée, elle n'estoit presumée *nisi novandi animo secunda stipulatio interposita fuisset, quod ita demum intelligebatur si plus contineret quàm prima, non autem si contineret minus*: mais comme il ne laissoit pas d'estre toûjours incertain, en quel cas l'on devoit tenir qu'il y avoit novation; Justinien par la l. finale *c. de Nov.* exprima tous les cas où il se faisoit novation, & là-dessus nos Docteurs ont formé ces régles pour ne s'y tromper pas: la premiere, que *non aliter fit novatio, quàm si novare se disertè contrahentes expresserint, alioquin manet pristina obligatio.*

La seconde, que la novation est suffisamment exprimée, lors qu'il paroît par les termes des Contrats que les parties ont eu cette intention, comme lors que le dernier Contrat ne pourroit subsister avec le premier, & la seconde convention subsistant, il s'ensuit necessairement que la premiere demeure nulle & de nul effet. Des regles pour la novation.

L'on pose pour troisiéme regle, que *novatio non potest intelligi ex eâ stipulatione factâ quæ non committitur, quia per eam non tollitur prior obligatio, nec nova constituitur.*

La quatriéme, est que par une stipulation inutile il ne se fait pas de novation de celle qui estoit utile, *stipulatio inutilis non novat præcedentem quæ est utilis*, la raison est que, *ex obligatione inutili non nascitur obligatio.*

La derniere régle est que, *deficiente conditione stipulationis quæ novandi animo concipitur non intelligitur facta novatio, quia novam obligationem non parit*, surquoy Balde sur la *l. in personam.* §. *ult. de pactis*, a dit qu'il faut tenir pour une maxime certaine, que *stipulatio conditionalis non novat obligationem puram, nisi in eventum duntaxat conditionis.*

Mais lors que la novation est valablement faite, elle est de telle vertu qu'elle éteint tout le privilege de l'ancienne dette avec toutes ses dépendances. *Neguzant. n. 3. memb. 6. c. 5.* propose un exemple de novation. Si je voulois retirer un heritage que j'avois engagé à *Titius* pour 300 livres, sans luy bailler d'argent, & que je luy fisse une nouvelle obligation de 150 écus, sans ajoûter que la premiere hypotheque subsisteroit, en ce cas la nouvelle hypotheque ne commenceroit sur mes biens que du jour de cette nouvelle obligation? si au contraire mon debiteur avoit donné de nouveaux gages outre les premiers, ce ne

seroit pas une novation ; Papinien en la *l. 3. ff. qui pot. in pign.* propose une espece notable. Un particulier avoit engagé des heritages pour 200 livres à *Titius*, depuis il hypothequa ce même heritage à *Caïus*, aprés cela *Titius* fit un nouveau Contrat avec luy, & ayant augmenté la premiere obligation de deux cens livres, il s'en fit une nouvelle, & *Titius* se fit encore assurer sur d'autres biens. Le premier heritage hypothequé ayant esté vendu, il estoit question de sçavoir si par cette novation *Caïus* n'estoit pas devenu le premier creancier, & s'il n'estoit pas preferable à *Titius?* cela paroissoit juste, parce qu'encor que *Titius* fût le premier en datte, il avoit cependant perdu son hypotheque par la novation qu'il avoit faite ; mais Papinien répond, *superioris temporis ordinem manere primo creditori tamquam in suum locum succedenti :* Monsieur Cujas expliquant cette Loy, dit que *hac novatione mutavit obligationem tantùm auctâ quantitate debiti, non etiam locum & ordinem suum, non privilegium prærogativamque sui temporis.* De sorte qu'il demeuroit toûjours creancier pour les deux cens livres, mais *Caïus* luy est preferable pour les deux cens livres que *Titius* avoit empruntez depuis, *l. creditor. §. Papin. ff. qui pot. in pign.* Ainsi quoy que le creancier ait augmenté la premiere obligation sous les mesmes hypotheques, neanmoins par cette novation n'ayant fait qu'augmenter, il conserve la premiere place & la priorité de son hypotheque, comme s'il avoit succedé à luy-mesme. Monsieur le Maistre au Titre des Criées, chap. 45. dit que *prioritas non perditur per novationem hypothecæ.*

Par la novation de l'obligation elle perd sa priorité, il n'en est pas de mesme lors qu'il ne se fait novation que des hypotheques, c'est à dire, lors qu'au lieu des choses engagées l'on en cede d'autres : *prioritas non perditur per novationem hypothecæ. l. 3. ff. qui pot. in pign. hab. novatione obligatio mutatur, sed superioris ordo manet :* Nous en avons un exemple dans Monsieur Loüet, l. N. n. 3. Deux particuliers avoient contracté par échange ; depuis par un autre Contrat, ils prirent d'autres rentes, & moyennant ce, le premier Contrat demeuroit nul. Un des contractans ayant esté évincé de ce qui luy avoit esté baillé par le dernier Contrat, il eut son recours sur des biens de son debiteur, mais la question fut de sçavoir s'il auroit hypotheque du

jour

jour du premier Contrat ou seulement du jour du dernier : la raison de douter estoit qu'il y avoit une novation expresse, parce que l'on s'estoit tellement départy du premier Contrat, qu'il estoit demeuré nul & de nul effet, & par ce moyen l'ancienne hypotheque estoit entierement éteinte par la dissolution volontaire du Contrat. On répond que l'ancienne obligation avoit toûjours subsisté, que *eadem causa debendi remanserat*, qu'il y avoit novation d'hypotheque & non point d'obligation, & qu'en ce cas suivant la doctrine de Bartole sur la l. 3. *qui pot. in pign. pignora in obligatione novante repetita, intelliguntur repetita cum obligatione prioritatis*, ce qui est decidé en la *l. 3.* & en la *l. creditor. 12. §. Papin. ff. qui pot. in pign. si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit in suum locum eum succedere*, comme Monsieur Cujas l'a fort bien expliqué, l. 11. observ. c. 31.

Quand l'hypotheque est entierement éteinte par la novation.

Si le creancier constituë en rente la somme d'argent qui luy estoit deuë, l'hypotheque de la premiere obligation demeure en sa force & vertu, & il ne s'en fait aucune innovation ; mais quant aux arrerages comme ils procedent d'une nouvelle convention faite entre les parties qui changent en ce regard la nature de la premiere obligation, aussi l'hypotheque n'en peut commencer que du jour de la creation de la rente. C'est le sentiment de du Moulin en sa question quinziéme, *de usur. per secundum contractum, quo etiam gratia fit debitori, non censetur renunciasse juri veteris hypothecæ in terminis suis manenti : hæc enim novatio non est ad talem finem facta, nec actus agentium non operatur ultra eorum intentionem.*

D'une somme d'argent deuë & constituée, quand il y a novation.

Ce mesme Auteur en ce mesme lieu traite cette question, si la constitution que le creancier auroit faite estoit usuraire & absolument nulle, & qu'aprés avoir imputé sur le principal les arrerages payez, il en restoit encore quelque portion, il pourroit conserver son ancienne hypotheque pour la somme qui luy resteroit deuë, & il fait cette distinction que si la constitution estoit tout à fait nulle, le creancier perdroit son ancienne hypotheque, *quia cum principalis actus sit ipsa in re nullus, pariter & omnia accessoria, ut hypotheca* ; Mais si le contrat n'est pas nul, mais qu'il soit reductible *ad legitimum modum, hoc casu prima dispositio valida in se est & legitima, & sic propter principale validum non vitiatur in totum.*

De la constitution usuraire.

La stipulation d'une usure illegitime rend le contrat nul.

Cette opinion ne me paroît pas équitable ; car bien que la stipulation d'une usure illegitime rende le contrat nul, cela n'a lieu qu'en ce qui concerne l'usure, à cause dequoy l'on fait perdre au creancier non seulement tout l'interest de son argent, mais l'on impute aussi sur le principal tous les interests qu'il a reçûs : Et c'est toute la peine que les Loix luy imposent, & elles ne le privent pas de demander la restitution de ce qui luy reste deu aprés l'imputation faite des interests sur le principal. Si donc l'obligation subsiste pour le residu lors qu'il y en a, l'hypotheque doit aussi demeurer, & l'on ne doit pas étendre la peine au-delà de la disposition de la Loy. L'Arrest que du Moulin dit avoir préjugé la question ne fait aucune consequence, comme luy-mesme en demeure d'accord. Les Tresoriers de S. Innocent à Paris avoient baillé de l'argent en rente, à condition de rendre le principal dans quatre ans : l'on soûtint cette constitution usuraire par l'Arrest, elle fut declarée nulle, & l'on imputa les arrerages perçûs sur le principal ; mais comme il estoit incertain si aprés cette imputation faite il resteroit encore quelque partie du sort principal de la rente, l'on ne prononça rien à cét égard. Ainsi cet Arrest ne decidoit point la question ; mais il suffit au debiteur qu'on ne luy fasse point payer un interest illegitime, & le creancier est assez châtié de perdre tous ses interests & de déduire sur le capital ce qu'il a reçû sans perdre encore ce qu'il a legitimement deboursé. Or l'obligation principale subsistant, l'hypotheque en est pareillement conservée.

Si la reduction d'une rente à moindre somme est une novation.

Le creancier ne perd pas aussi sa premiere hypotheque, & il ne se fait point de novation pour réduire la rente à une moindre somme, & la caution ne peut pas pretendre que ce soit une novation, comme il fut jugé en l'Audience de la Grand' Chambre le 19 de May 1672. Un creancier avoit à prendre 200 liv. de rente sur deux particuliers solidairement obligez, mais l'un d'iceux par le mesme Contrat avoit donné une indemnité à l'autre : le creancier pour empêcher le rachat de sa rente, que le principal obligé en vouloit faire, en consentit la reduction au denier dix-huit, & depuis l'ayant cedée à un tiers, sur l'execution qui fut faite sur les biens de celuy qui avoit une indemnité, il pretendit que cette reduction faite en son absence estoit une

novation à son égard, & que son obligation estoit éteinte par ce changement : Le creancier soûtint au contraire que son obligation subsistoit toûjours en sa premiere nature & en sa premiere hypotheque, & bien loin que ce changement fist aucun tort à la caution, qu'il en profitoit, en ce que la rente qui estoit au denier quatorze, n'estoit plus qu'au denier dix-huit, ce qui ne pouvoit passer pour une nouvelle constitution : Si le creancier avoit pris un fonds en payement, ou que l'on eust constitué une somme mobiliaire, en ce cas l'obligation de la caution seroit éteinte, suivant l'Art. 132. du Réglement de *1666.* mais il ne s'estoit fait aucun changement que de diminuer l'interest; or par la *l. ult. C. de Nov.* il ne se fait point de novation *etiam si creditor quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit* : Par l'Arrest il fut dit à bonne cause l'execution, sauf le recours contre le principal obligé, lequel y fut condamné, & à racquitter la rente.

L'on a fait cette question, si un creancier aprés la Sentence d'ordre qui le colloquoit utilement, prenoit l'interest du Receveur des Consignations, il y auroit novation? l'on disoit par l'affirmative que la dette avoit changé de nature; car au lieu que le Receveur estoit auparavant un dépositaire, il estoit devenu debiteur pour une cause differente, & la reception des interests avoit autant d'effet que si le creancier avoit retiré ses deniers & les avoit constituez en rente : comme le dépositaire ne se doit servir de la chose déposée; aussi celuy qui la dépose n'en doit tirer aucun profit, autrement *egreditur notissimos depositi terminos. l. 24. D. deposi.* Et c'est pourquoy le Jurisconsulte en la l. 7. au mesme titre parlant du privilege de l'action & de la preference pour le recouvrement des deniers déposez ne la donne point à ceux qui ont tiré profit de leur argent; *dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur*; dont il rend cette raison *quasi renuntiaverint deposito.* Au contraire, on alleguoit que le creancier en prenant l'interest pour quelques années n'avoit rien innové, que la novation ne se peut faire que par une intention expresse, & que le creancier *specialiter remittat priorem obligationem, l. ult. C. de novat.* Ainsi quoy que le creancier ait pris l'interest, ce n'est pas une consequence qu'il veüille changer la nature de son obligation, ou qu'elle perde sa qualité : D'ailleurs,

comme les Receveurs des Consignations ne payent qu'avec peine, & qu'il est mal-aisé de tirer de l'argent de leurs mains, le creancier n'a pris cet interest que comme un dédommagement pour le retardement de ses deniers, n'estant pas raisonnable qu'un Receveur des Consignations qui retiendroit son argent en profitast sans le desinteresser, *Neque enim oportet frustrationem, id est moram impunitam esse, l. in fideicommiss. 3. ℥. ult. D. de usur.* Ce qui a lieu mesme en dépost lors que le dépositaire se constituë en mauvaise foy par son refus de payer, *in deposito præstantur usuræ ex mora, & tarda solutione. Cujac.* Ce qui a esté jugé par Arrest du Parlement de Paris, raporté par Henry des Restit, quest. 7.



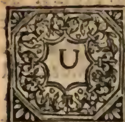
SECONDE



SECONDE PARTIE.

DES FIDEJUSSEURS.

CHAPITRE I.

N debiteur insolvable n'apportant pas moins de précaution & d'adresse pour cacher le mauvais état de ses affaires que le creancier à le découvrir, les hypotheques les plus solemnelles seroient souvent fort inutiles, si elles n'étoient fondées que sur les facultez apparentes de l'obligé. Dans cette incertitude l'on cherche à s'assurer par des cautions qui s'engagent & qui se rendent garans & responsables de la solvabilité du premier obligé; mais afin que ces cautions ne soient pas inutiles, il est important de sçavoir comment elles peuvent s'obliger valablement.

Pour cet effet l'on considere la qualité des fidejusseurs, soit à l'égard de leurs personnes ou à l'égard de leurs facultez, la nature de l'obligation & la forme du cautionnement, les actions qui naissent du cautionnement, & que l'on peut exercer contre le fidejusseur, le recours & la recompense que le fidejusseur peut avoir contre le principal obligé, & lors qu'il y a plusieurs fidejusseurs quelle action ils peuvent avoir les uns contre les autres: & enfin comment les actions qui naissent du cautionnement peuvent prendre fin.

CHAPITRE II.

De la qualité des Personnes qui peuvent cautionner.

AVant que de parler de la qualité des fidejusseurs, il faut expliquer ce que c'est que *fidejusseur.*

L'on appelle fidejusseur celuy qui répond pour autruy, ou qui se charge de l'obligation d'un autre, *qui pro alio respondet, vel qui alienam obligationem in se suscipit, Instit. de fidejuss.*

Nous en avons de plusieurs especes, celuy qui s'oblige en son nom pour le debiteur, celuy qui donne ordre ou qui prie quelqu'un de s'obliger pour un autre ; & celuy qui promet de payer pour un autre qui n'est point obligé : En Droit le premier s'appelle *fidejussor*, le second *mandator*, & le troisiéme *expromissor.*

Mais comme l'on peut cautionner en plusieurs manieres, il y a des fidejusseurs simples & principaux qui s'obligent expressément & indefiniment. Il y a d'autres fidejusseurs qui ne sont que subsidiaires, & ce sont ceux qui ne promettent qu'entant que le principal obligé ne sera point solvable, comme les Magistrats dans le Droit Romain qui recevoient les Tuteurs, & les Juges qui reçoivent des cautions.

Pour être capable de cautionner, il faut être capable de contracter & de s'obliger ; il ne s'ensuit pas neanmoins que toutes les personnes qui peuvent s'obliger puissent aussi cautionner, la Loy *3. D. de fidejuss.* marque trois personnes qui ne peuvent être baillées pour caution, l'esclave, le fils de famille, quand on n'a point d'action contre luy pour son pecule, car autrement s'il est d'un âge legitime son intervention est valable; *l. nulla. l. 3. ex alio C. quod cum eo*, soit qu'il intervienne pour un étranger, *l. fin. D. de oblig. & act.* ou pour son propre pere, en la puissance duquel il est. *l. filius famil. C. de fidejuss.* & la femme *quæ auxilio Senatusconsulti utitur.*

C'est l'opinion commune des Docteurs, qu'un fils mineur

s'estant rendu caution pour retirer son pere de prison, n'est point restituable, parce qu'il y étoit obligé par un devoir de nature, soit que le pere fust detenu pour cause civile ou pour crime, & la Loy mesme luy ordonne de le faire sur peine d'exheredation. *Nov. 115. aliud quoque, §. si quemlib.* Ce qui a esté confirmé presque par tous les Parlemens de France. Brodeau sur Monsieur Loüet. l. A. n. 9. Bouguier, l. O. n. 4. *in fine.* Belordeau, en ses Controv. l. 3. part. 2. Art. 19. Expilli en ses Arrests Art. 18. & cette intervention du fils a esté jugée si favorable, que le fils mineur n'en fut point déchargé, quoy qu'il eust renoncé à la succession de son pere: La minorité doit être au dessus de 18. ans, car au dessous de cet âge l'intervention du mineur est nulle, & d'Espesse, tom. 1. part. 2. tom. 2. sect. 4. cite un Arrest rendu en la Chambre de Castres, par lequel un fils âgé seulement de seize ans, s'estant obligé pour faire sortir son pere de prison fut déchargé, nonobstant que le cautionnement eust esté reçû par la Cour, & contre la volonté du creancier.

En Normandie nous ne suivrions pas cette Jurisprudence à l'égard du tiers Coûtumier, car le cautionnement fait par un fils, quoyque majeur, pour retirer son pere de prison, n'auroit pas d'execution sur le tiers Coûtumier, comme il fut jugé en l'Audience de la Grand'Chambre le 30. Juillet 1637. sur ce fait. De la Mare estant prisonnier en la Conciergerie du Palais, fut mis hors des prisons à la caution de ses enfans, qui s'obligerent & par corps de le representer: Aprés les termes du payement expirez, les enfans se pourvûrent par Lettres de recision, quoy que le cautionnement eust esté fait par autorité de la Cour lors de la Visite qui se fait au Palais pour l'élargissement des prisonniers, & que par consequent les enfans ne pussent s'excuser sur la crainte ou sur les menaces de leur pere, neanmoins les Lettres furent enterinées, & le tiers Coûtumier fut déclaré exempt de ce cautionnement, & les enfans déchargez de l'obligation par corps.

Les femmes sont du nombre des personnes qui ne peuvent s'obliger pour autruy, & la nullité de l'obligation que la femme contracte pour un autre est si forte & si précise, que mesme elle opere en faveur de son fidejusseur, suivant le Droit Romain.

Mais quoy qu'elles soient incapables de cautionner, & qu'en Normandie nous gardions exactement en leur faveur le Senatus Consulte Vellejan, & qu'elles ne puissent renoncer à ce benefice, nous exceptons neanmoins de cette regle generale le cautionnement fait par la mere en faveur de son fils, soit que la mere soit intervenuë pour luy avoir une Charge ou pour quelque autre cause. L'on considere ces actes, non point comme une fidejussion, mais plûtost comme une donation & un avancement de succession : cela fut jugé de la sorte le 17 Mars 1644. au Rapport de Monsieur Cornier. La veuve de Deplanes Receveur des Consignations, avoit cautionné conjointement avec son mary son fils, sorty d'une autre mariage, pour une rente de 400 liv. Aprés la mort de son mary, à la succession duquel elle renonça, elle soûtenoit que son intervention étoit nulle, vû sa qualité de femme, & la prohibition faite aux femmes de cautionner; mais on luy objecta qu'en cautionnant son fils, elle n'étoit pas reputée s'obliger pour un autre, *non alienam obligationem in se susceperat*, qui est l'effet du cautionnement, *sed potius negotium suum gesserat*. ce n'étoit qu'une anticipation de sa succession, & une portion de son bien dont elle avoit fait un avancement : la mesme chose fut encore jugée en la Grand' Chambre le 19 Février 1658. contre une mere qui avoit cautionné son fils pour le prix d'un Office.

Par le Droit Romain, si favorable aux femmes, la mere qui engageoit son bien pour doter une fille, ne peut s'aider du Vellejan, *hanc enim causam ab eo beneficio removendam esse prudentes viri putaverunt. l. si dotare, 12. C. ad Senat. Consult. Vellejan.* Et par la Loy, *si mater*, au mesme Titre, si la mere pour avoir l'administration du bien de ses enfans a donné une indemnité au Tuteur, elle est excluse & son fidejusseur aussi du secours du Vellejan, *quoniam quodam modo suum negotium gessisse videtur.* Si elle vouloit estre Tutrice, elle estoit obligée de renoncer au benefice du Vellejan; Authent. *matri & aviæ. C. & quando mulier officii fung. poss.* elle pourroit aussi en consequence de l'Article 541. cautionner son mary pour le retirer de prison s'il y étoit detenu pour cause non civile. Par la Loy *si pro aliquo in fine, ad S. C. Vell.* une femme peut intervenir caution pour son pere réduit en necessité.

Une femme peut cautionner son pere réduit en necessité.

Il y a mesme d'autres cas où le cautionnement de la femme est reputé bon ; lors qu'elle s'est engagée pour acquerir à un particulier la liberté, *in libero casu Senatus Consultum tacere imperamus. l. penult. C. eod.* la femme qui donne une dot à une personne étrangere est tenuë de la payer ; Autre Arrest conforme du 18 May 1662. entre Paul Baudoüin Avocat, Appellant de Sentence renduë par le Bailly de Caux au Siege d'Arques, & Pierre & Marc Laignel Intimez, & Maître Gefroy Auber, Procureur en la Cour, adjourné ; par les Sentences l'on avoit accordé à Pierre Laignel la main-levée de la saisie réelle de ses heritages scituez en la Paroisse d'Aubegard, & pour les maisons assises en la Ville de Dieppe, il étoit permis audit Baudoüin d'en poursuivre le decret en donnant caution à Pierre Laignel, qu'il seroit payé en privilege des rentes dont il avoit esté chargé par le Contrat d'achat desdites maisons ; Baudoüin Appellant avoit fait venir en la cause Auber, creancier de l'une desdites rentes, pour faire juger que sa rente ne pourroit esté payée sur les biens d'Antoinette Varlet mere dudit Baudoüin. Du Hequet pour l'Appellant, soûtenoit qu'il luy devoit estre permis de continuer le decret des heritages qu'il avoit saisis, & à l'égard du Contrat d'Auber il le prétendoit confidentaire, pour frustrer ledit Baudoüin de la succession d'Antoinette Varlet sa mere, Laignel ayant fait son profit des deniers provenans de la constitution de cette rente, & qu'en tout cas sa mere ne pouvoit estre considerée que comme une caution desdits Laignel, laquelle ne pouvoit valoir : Laignel soûtenoit son Contrat legitime, & que l'Appellant n'avoit aucune preuve des faits qu'il avoit avancez ; l'on representa pour Auber que son Contrat étoit veritable & de bonne foy, & que quand on le considereroit comme un cautionnement de la mere pour son fils, sa cause n'en seroit pas moins juste, étant constant que les deniers baillez par Auber avoient esté utilement employez, & que c'étoit un avancement de succession que la mere avoit fait à son fils ; la cause ayant esté apointée au Conseil, par ledit Arrest donné au Rapport de Mr de Brinon, la Sentence fut confirmée.

La femme peut donner une dot à une personne étrangere.

La Jurisprudence du Parlement de Tolose est contraire, & cette question s'étant offerte pour le cautionnement d'une mere pour son fils, les sentimens des Juges furent partagez en

la premiere Chambre des Enqueſtes, mais dans la ſeconde, il paſſa à décharger la mere : l'on ſe fonda ſur ce que les meres peuvent bien renoncer au Villeian pour demander la Tutelle de leurs enfans, & tout ce qu'elles font en qualité de Turrices eſt bon & valable : mais pour les actes qui ne dépendent point du devoir de Tuteur, & ne font point une ſuite de cette fonction, lors que la foibleſſe du ſexe & l'affection maternelle les porte à s'engager inconſiderement en des obligations où leur charge ne les ſoûmettoit point, leur interceſſion ne peut ſubſiſter. Dolive. l. 4. c. 3. il y a neanmoins un cas particulier en la Ville de Toloſe qui permet aux femmes de cautionner.

Comme le Droit Romain n'approuve point la promeſſe de garder sa ſucceſſion, ny les avancemens que l'on en voudroit faire, il n'eſt pas étrange que les femmes ne puiſſent renoncer au Velleian que dans le cas de la Tutelle & des actes qui en dépendent, mais ſuivant nos principes la mere pouvant anticiper le temps de ſa ſucceſſion en faveur de ſes enfans, nous faiſons valoir avec raiſon le cautionnement d'une mere pour ſon fils, comme un avancement qu'elle luy fait de ſes biens ; l'on n'étend pas neanmoins ce cautionnement au delà de ſa portion hereditaire, car ſi la part des autres enfans s'y trouvoit engagée, ce ſeroit à leur égard un cautionnement,

La mere peut cautionner ſon fils, comme par avancement d'hoirie.

Puis que le cautionnement de la mere pour ſon fils n'eſt conſideré que comme un avancement d'hoirie, & qu'on ne le fait valoir que juſqu'à la concurrence de la portion hereditaire du fils, il s'enſuit qu'il ne peut valoir qu'en faveur des heritiers preſomptifs de la femme ; de ſorte que ſi une mere avoit cautionné le mary de ſa fille qui ne ſeroit point ſon heritiere, le cautionnement ne ſeroit point valable, comme il a eſté jugé ſur ce fait. Thomas le Sage avoit vendu quelques heritages à Ceſar Paris ; mais Paris n'ayant pû en prendre la poſſeſſion, parce que le Sage les avoit vendus auparavant à un autre, il le fit condamner & par corps à la reſtitution de ſes deniers : Pour ſe liberer de cette condamnation, il ſe conſtitua avec Marie Beaucouſin ſa belle mere ſolidairement & un ſeul pour le tout en quarante & une livre de rente ; au payement de laquelle cette femme affecta particulierement certain heritage qu'elle avoit acquis, & au moyen de ce Contrat le Sage fut déchargé de tou-

Le cautionnement d'une mere à ſa fille n'eſt pas valable, ſi elle n'eſt ſon heritiere.

tes les condamnations jugées contre luy ; Marie Beaucousin paya cette rente durant la vie de son gendre, mais aprés son decez elle obtint des Lettres de rescision fondées sur la surprise qui luy avoit esté faite, & par Sentence du Juge d'Elbeuf elle en fut deboutée, en tant pour que l'heritage qu'elle avoit specialement affecté à cette rente, & pour le principal & arrérages ses Lettres furent enterinées. Sur l'appel de cette Sentence elle disoit qu'il paroissoit par la seule lecture de ce Contrat, que c'étoit un veritable cautionnement, n'y ayant eu aucune numeration de deniers, & le prix de la rente n'étant composé que des condamnations obtenuës contre son gendre, & de sorte qu'elle n'en avoit aucunement profité, & elle avoit seulement acquitté la dette d'autruy, *susceperat in se alienam obligationem :* ce qui ne luy étoit pas permis. Elle pouvoit veritablement vendre son bien ou le donner, puis qu'elle étoit de libre condition; mais elle ne pouvoit cautionner, *quia mulier facilius se obligat quàm alicui donat. l. 4. D. ad S. C. Vell.* que la Coûtume autorisoit les femmes d'engager leur dot pour tirer leurs maris de prison, ou pour nourrir leurs peres, meres & enfans, mais elles ne le pouuoient faire en faveur des gendres, puis que la Coûtume ne les avoit pas compris dans sa disposition, & par consequent l'on ne pouvoit les considerer que comme des étrangers. Le Droit Romain ne permettoit pas de cautionner son pere ou ses enfans, *si paternam in se vel filii receperit obligationem, vel fidem suam interposuerit tueri se exceptione poterit. l. 3. D. eodem.* Et l'on objectoit en vain que cette femme avoit fait perdre un gage au creancier, car il ne pouvoit ignorer que l'obligation de cette femme étoit nulle ; & bien qu'elle eust payé cette rente durant quelques années, elle ne s'étoit point privée du secours que la Loy luy donne pour reparer la surprise qui luy avoit esté faite, & l'on argumentoit mal à propos de ce qu'une mere peut cautionner ses enfans, lors qu'il s'agit de leur faire quelque avantage ; car ce cautionnement n'est consideré que comme un avancement d'hoirie. Le creancier répondoit que cette femme étant veuve & maîtresse de ses actions, elle avoit pû s'obliger pour une cause si favorable, pour liberer son gendre d'une condamnation par corps; que par la Sentence on n'avoit déclaré l'obligation valable que sur un bien qu'elle avoit acquis,

& dont par consequent elle pouvoit disposer, que la Coûtume permettant à la femme d'engager son bien pour la subsistance de ses enfans elle pouvoit le faire pour son gendre qui luy tenoit lieu d'enfant, & qui ne luy étoit pas moins cher ayant épousé sa fille unique : Les opinions ayans esté partagées en la premiere Chambre des Enquestes, & le partage ayant esté porté en la seconde Chambre, il passa à dire l'appellation & ce dont; & en réformant ayant égard aux Lettres de rescision, ladite Beaucousin fut déchargée du payement desd. 41 liv. de rente. par Arrest du 28 Juillet 1682.

Si la femme peut estre caution pour son fils, ce n'est que quand il s'agit de luy faire de l'avantage ; & comme je viens de le dire par une espece d'avancement de succession, mais il ne faut pas que l'effet de ce cautionnement tourne au benefice du mary, car en ce cas elle est reputée cautionner son mary, & non pas faire un avantage à son fils.

Quelques uns sont aussi de ce sentiment, que ce cautionnement d'une mere pour son fils ne peut valoir que quand il a esté fait utilement pour luy, & qu'il ne doit estre permis à la mere d'engager ses biens par un cautionnement que quand elle luy procure quelque avantage, & non pas lors que c'est pour en faire un mauvais usage.

Mais l'on demande si la femme est absolument interdite, de se rendre caution pour son mary ? Cela luy est expressément défendu, *l. 1. D. ad Senat. Consult. Vellejan. Authent. si qua mulier. C. eod.* l'on a fait neanmoins difference entre les causes du cautionnement, si le mary étoit prisonnier pour quelque condemnation ou pour quelque amende qui resulteroit de crime, le mary ne pouvant sortir de prison que par l'intervention de sa femme, elle peut s'obliger valablement pour ce sujet, *honestum est desiderium mulieris virum non tam à carceribus quàm à pœnæ corporalis aut infamiæ periculo eximere volentis. Faber. in cod. Fab. l. 4. tit. 16. defin. 16.* mais le cautionnement seroit nul si le mary n'étoit retenu dans les prisons que pour une cause civile : la raison de la difference est qu'en ce dernier cas le mary peut faire cession de biens pour recouvrer sa liberté, & si la femme pouvoit estre caution de son mary prisonnier pour une dette civile, il seroit fort aisé de priver les femmes du benefice du Vellejan, l'on se-

La femme pour amende de crime peut cautionner son mary.

l'on feroit toûjours obliger le mary par corps pour engager sa femme à payer ses dettes, mais l'on ne presume pas que le mary commette un crime dans la veuë que sa femme acquittera aux dépens de son bien les amendes & les interests qui seront jugez contre luy.

La Coûtume de Normandie, Art. 541. a fait aussi cette distinction, la femme ne peut aliener sa dot pour redimer son mary, lors qu'il n'a aucuns biens, que lors qu'il est prisonnier de guerre, ou pour cause non civile, ou pour la nourriture d'elle, de son mary, de ses pere, mere, ou de ses enfans en extrême necessité.

Quand la femme peut aliener sa dot.

L'usage du Vellejan est entierement abrogé dans le ressort du Parlement de Paris, en consequence de l'Edit de l'année 1606. par lequel il n'est plus necessaire pour faire subsister les obligations & les cautionnemens des femmes de les faire renoncer au benefice du Vellejan & de l'Authentique, *si qua mulier*, & sans s'arrester à toutes ces subtilitez qui ne servoient qu'à faire naistre des procez, tous les Contrats, obligations & actes passez par les femmes, pour ou avec leurs maris, authorisées d'eux ou autrement, sont bons & valables : Mais cet Edit n'ayant point esté verifié en Normandie nous y gardons exactement le Vellejan, & il n'est point permis aux femmes de renoncer au benefice d'iceluy, ny de cautionner, si ce n'est dans les cas & pour les causes dont je viens de parler.

Les Religieux, les Mineurs, les Prodigues & les furieux ne peuvent être offerts pour cautions, si toutefois le furieux avoit de bons intervalles, le cautionnement qu'il feroit lors qu'il ne seroit pas agité de sa fureur seroit bon, puis qu'alors il est capable de contracter, suivant la *l. emptionem. 2. C. de contr. empt.*

Quelles personnes ne peuvent cautionner.

A l'égard du Mineur l'on a fait cette question, si un Mineur qui feroit marchandise, cautionnoit un autre Marchand pour de la marchandise qu'il auroit achetée seroit restituable contre ce cautionnement ? La raison de douter est que le Mineur faisant marchandise, peut s'obliger sans esperance de restitution pour tout ce qui concerne son commerce. On allegue au contraire que cette maxime n'est veritable que quand il achete des marchandises pour son propre compte, mais il n'en est pas de mesme lors qu'il s'oblige pour un autre, & que *suum negotium*

Quand un Mineur peut cautionner.

non gerit : En l'un il peut y avoir du profit, en l'autre il ne peut y avoir que de la perte, *nulla re magis quàm fidejußione læditur, quia nihil ad eum pervenit.* Bouvot en ses Questions Notables, tom. 1. l. F. q. 3. rapporte un Arrest du Parlement de Dijon, par lequel les Lettres de recision obtenuës par un Mineur furent enterinées.

Pour les personnes Ecclesiastiques, bien que par le *C. 1. Extra. de fidejuss.* il leur soit défendu de cautionner, neanmoins les actes de cautionnement qu'ils ont faits ne laissent pas de valoir, & ils peuvent être contraints de payer tant sur leurs biens patrimoniaux que sur les fruits & revenus de leurs Benefices.

On a douté si les Gentils-hommes, les Officiers, les Avocats & les Procureurs pouvoient être donnez pour cautions, mais il est sans difficulté qu'ils sont également capables de ces actes, comme de tous autres Contrats, quoy que souvent on ne soit pas obligé de les accepter, à cause de la difficulté de la discussion, & non point en consideration de leur incapacité à s'obliger.

Mais supposons qu'une personne capable de s'obliger pour un autre, soit intervenuë caution pour une personne incapable de contracter, cette fidejussion qui n'est qu'accessoire peut-elle subsister si l'obligation principale demeure sans effet ? Il est certain que par le Droit Romain, celuy qui est intervenu pour la femme qui s'obligeoit pour un autre peut se servir du Vellejan, comme elle auroit pû faire, *l. mulierem. 14. C. ad Senat. Consult. Vellejan.* Au contraire celuy qui cautionne un Mineur ne participe point au benefice de la restitution obtenuë par le Mineur, & il demeure engagé quoy que l'obligation du Mineur ne subsiste plus. *l. 2. C. de minor.*

La caution du Mineur ne se peut faire restituer.

Il y a beaucoup plus de difficulté pour la caution d'un prodigue ou d'un furieux, à cause de deux Loix qui paroissent formellement contraires : La premiere, est la Loy *is cui bonis. D. de verb. oblig.* suivant laquelle le cautionnement que l'on fait pour un prodigue ou pour un furieux est de nul effet, aussi bien que l'obligation principale, *is cui bonis interdictum est promittendo obligari non potest, & ideo fidejussor pro eo intervenire non potest* ; & par la Loy *Marcellus. D. de fidejussorib. si quis pro pupillo sine tutoris autoritate obligato, prodigo, furioso fidejusserit, magis est ut ei non sub-*

De la caution du Prodigue & du Furieux.

veniatur, quoniam his mandati actio non competit.

Il n'est pas malaisé d'expliquer pourquoy celuy qui intercede pour une femme joüit du benefice du Villejan, & au contraire la restitution du Mineur ne profite point à sa caution; la raison de la difference est qu'encore que la caution de la femme qui s'est obligée pour un autre joüisse de la grace du Villejan, le creancier en faveur duquel ce cautionnement avoit esté fait n'est pas privé de sa dette, & son action luy reste toute entiere contre son premier obligé. *Julianus recte putat fidejussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet, quia totam obligationem Senatus improbat; & a Pratore restituitur prior debitor creditori. l. si mulier. 16. §. un. D. ad Senat. Consult. Vellejan.* Ce qui rend la condition de la caution favorable, ne s'estant obligé que pour une femme qui ne pouvoit s'obliger elle mesme.

La caution d'une femme est restituable.

Mais la caution du Mineur n'est pas en ces termes, il estoit obligé pour soy & non pour autruy, & si le fidejusseur profitoit de la restitution accordée au Mineur, le creancier demeureroit entierement privé de sa dette, ne la pouvant demander au Mineur ny à sa caution, & n'ayant aucun autre obligé contre lequel il pust retourner, ce qui n'est pas au Vellejan où le creancier a toûjours un premier obligé.

Le Parlement de Dijon n'a point suivy la disposition du Droit Civil; car quoy que l'obligation d'une femme fust nulle pour avoir esté faite sans l'autorité de son mary, neanmoins les fidejusseurs furent condamnez; Bouvot en ses Quest. tom. 2. l. F. *an verbo* des fidejuss. q. 9. & l'on fit distinction entre l'obligation qui est nulle, *ratione rei*, comme lors que la chose dont l'on contracte ne tombe point dans le commerce, *aut ratione personæ, vel ex privilegio ei concesso*; Au premier cas le fidejusseur estoit déchargé, mais au second cas les fidejusseurs ne laissoient pas d'estre obligez, suivant la Glose sur la *l. & si is quem. C. de prad. & aliis reb. m.* nous suivons aussi en Normandie cette Jurisprudence.

Ce n'est pas assez pour l'interest & pour la seureté du creancier que les personnes soient capables de cautionner, l'on considere encore principalement leur solvabilité & la facilité de les discuter: *fidejussor locuples dari videtur non tantum in facultatibus,*

ſed etiam in conveniendi facilitate. l. fidejuſſor. D. qui ſatisd. coz. & dans la Loy, *ſi quis ſtipulatus. 112. ꝣ. fin. de verb. oblig. plerumque idonei non tam patrimonio quàm fide æſtimantur.*

Pour juger ſi la caution eſt riche & ſolvable, l'on conſidere la ſomme pour laquelle elle eſt demandée, car ſi la ſomme eſt mediocre il ſuffit que le fidejuſſeur ait des biens à proportion, *locuples eſt qui ſatis idoneè habet pro magnitudine rei quam actor reſtituendam eſſe petit. l. 234. de verb. ſignif.*

C'eſt une regle de Droit que *qui rem alienam defendit nunquam locuples habetur. l. 166. D. de regul. jur.* & on l'oblige à donner caution; au contraire celuy qui défend ſa propre cauſe eſt preſumé ſolvable. *l. 26. D. de minor. 25. annis. l. qui proprio. ꝣ. qui alium. D. de procur.*

Dans la diſcuſſion que l'on fait des biens de la caution pour connoiſtre ſa ſolvabilité, l'on fait difference entre les meubles & les immeubles: par la diſpoſition du Droit *poſſeſſores rerum immobilium ſatisdare non cogebantur. l. ſciendum. 15. D. qui ſatisd. cog.* D'où l'on induit que celuy qui n'a que des meubles n'eſt point reputé un fidejuſſeur ſolvable; parce que l'alienation des meubles eſt facile; & qu'ils n'ont point de ſuite par hypotheque; & c'eſt pourquoy le creancier ne doit pas eſtre contraint d'accepter une caution de cette qualité. Il y a neanmoins des Docteurs qui eſtiment que ſi ce fidejuſſeur avoit des meubles tres conſiderables, & qui ne puſſent pas eſtre enlevez ou cachez aiſement & ſans que l'on en euſt connoiſſance, ou que la ſomme pour laquelle le cautionnement ſeroit demandé ne fuſt pas conſiderable, on ſeroit tenu d'agréer un fidejuſſeur de cette qualité. *Hypolitus de Marſilli de fidejuſſ. n. 241. & ſequ.*

Du fidejuſſeur ou caution ſolvable, ou inſolvable.

Il ne ſuffit pas toûjours de poſſeder quelques immeubles pour être reputé ſolvable, car s'ils eſtoient en des lieux éloignez, ou qu'ils fuſſent de peu de valeur, ou que la proprieté en fuſt contentieuſe ou qu'ils fuſſent hypothequez à pluſieurs dettes, le poſſeſſeur d'iceux ne ſeroit pas reputé une caution ſolvable.

Les Docteurs ont traité cette queſtion, ſi c'eſt au debiteur à prouver que la caution eſt ſolvable, ou ſi le creancier eſt tenu d'en montrer l'inſolvabilité? Par le Droit Romain, les parties convenoient d'arbitres pour examiner ſi les cautions offertes eſtoient ſolvables, & lors qu'ils les jugeoient telles on eſtoit

obligé de les agréer ; *si ab arbitro probati sint fidejussores pro locupletibus habendi sunt. l. si ab arbitro. D. qui satisd. cog.* L'Ordonnance de l'année 1667. tit. des Receptions de caution, a introduit une nouvelle methode. Si la caution est contestée, l'on doit donner copie de la déclaration de ses biens, & communiquer les pieces justificatives, ainsi c'est au debiteur à justifier que la caution est solvable.

La solvabilité de la caution ne consiste pas seulement en ses facultez, elle ne doit pas être d'une convention difficile, & pour juger si la convention est difficile ou aisée, la Glose sur la *l. 2. qui satisd. cog.* dit qu'elle doit être considerée en deux manieres, *ratione loci vel ratione privilegii:* par exemple, si c'est une personne puissante & redoutée & qui fasse sa demeure dans quelque maison forte, dont l'accez ne seroit pas seur. L'on considere encore si c'est une personne qui ait des privileges pour évoquer ses causes ou pour avoir des surceances & des Lettres d'Estat : Un Officier principal dans son Siege ne seroit pas une caution facile, neanmoins sa seule qualité ne seroit pas toûjours absolument une raison suffisante pour faire refuser sa caution.

Mais celuy qui ne peut fournir une caution solvable, pourroit il offrir des gages au lieu de caution. On allegue pour l'affirmative que *melius est pignori incumbere quàm in persona agere. l. plus cautiones. De Reg. Jur.* L'on dit au contraire qu'il n'est pas au pouvoir du fidejusseur de changer la nature de son obligation que *invito creditore aliud pro alio solvi non potest etiam si melior conditio offeratur. §. praeterea. Instit. de oblig. & act. & l. fin. de usu & hab. D.* Qu'il y auroit de l'incommodité & mesme du peril à garder des gages, & que l'on prétendroit mesme les rendre responsable de la perte ou de la diminution qui pourroit y arriver. *l. quemadmodum. 29. §. ult. ad leg. Aquil.* Si toutefois le creancier pouvoit recevoir les gages sans incommodité, il auroit tort de refuser cette assurance qui seroit plus certaine & plus aisée qu'une caution qu'il faudroit discuter.

Si on peut offrir des gages au lieu de caution.

On a aussi agité cette question, si les Avocats & Procureurs peuvent estre offerts pour cautions ? L'on dit pour la negative que la discussion en seroit trop difficile, que par leurs procedures ils pourroient prolonger le procez, & qu'aprés une condamnation obtenuë on auroit de la peine à trouver des Huis-

Si les Avocats & Procureurs peuvent estre cautions.

siers pour la mettre à execution. Par l'Article 132. de l'Ordonnance de Blois. *Tous Officiers de Judicature, Avocats, Procureurs, Sollicit urs, Gr ffiers & leurs Commis, tant des Sieges Royaux que Subalternes, & Sergens ne pourront estre Fermiers des amendes, droits & emolumens de Cour en leursdits Sieges, ny estre adjudicataires des fruits saisis par Justice, ou cautions pour les Fermiers & Adjudicataires d'icelles*: D'où l'on infere que si le Roy ne permet pas que ces personnes ne soient reçûës cautions de ses Fermiers, à plus forte raison les particuliers ne seront pas contraints de les accepter. Bouvot en ses Questions Notables tom. 2. l. F. quest. 15. & 20. rapporte deux Arrests; par le premier desquels un Avocat fut reçû pour caution en baillant un attestateur: & par le second, il fut dit que la caution d'un Procureur pour un pauvre Villageois étoit bonne. Papon, l. 10. t. 4. n. 8. cite un Arrest par lequel l'on reçût un Avocat & un Procureur pour cautions, quoy qu'ils eussent droit de Committimus, parce que celuy à qui l'on offroit la caution étoit domicilié à Paris. Il me paroistroit raisonnable de decider cette question par les circonstances particulieres, car si suivant le sentiment de Bartole sur la l. 2. *qui satisd. cog.* l'Avocat ou le Procureur que l'on voudroit bailler pour caution étoit un plaideur ordinaire, *si cavillosus vel rixosus homo esset*, il seroit fâcheux d'avoir affaire à un homme de cette humeur; mais si leur conduite & leur réputation étoit honneste & sans reproche, on n'auroit aucun pretexte de les refuser.

En quel lieu la caution doit estre donnée.

Il est encore important de sçavoir en quel lieu la caution doit estre donnée, si c'est au domicile du creancier ou en un autre lieu: regulierement celuy qui promet de donner une caution, doit la bailler au lieu où il contracte, & donner des personnes qui soient resseantes au mesme lieu. *in eadem civitate in qua promittitur & de hominibus ejusdem civitatis.* Bartol. en la l. *si fidejussor. 7. §. si necessaria. D. de satisd. cog. Boerius decis. 99.* mais l'on fait cette difference entre la satisdation conventionnelle & volontaire, & la satisdation legale & necessaire, quand l'obligation de donner caution a esté volontaire, comme lors qu'elle a esté promise par un Contrat, on est tenu de la fournir sur le lieu, parce que l'on n'excuse point celuy qui s'est engagé volontairement dans cette necessité: *Si voluntaria satisdatio est, nam*

In alium locum remittitur, neque enim meretur qui ipse sibi necessitatem satisdationis imposuit, mais s'il y a eu une necessité imposée par la Loy, quoy que la cause en ait esté volontaire, on peut fournir une caution en un autre lieu, *si necessaria satisdatio fuerit, & non facilè possit reus ibi eam præstare ubi convenitur, potest audiri, si in alia ejusdem Provinciæ civitate satisdare paratus sit. l. si fidejussor. 7. ꝶ. si necessarium*, l'on en trouve un exemple en la *l. de Die. ꝶ. tutor.* au mesme titre, pour un Tuteur lequel étant obligé necessairement par la Loy de donner une caution, n'en pouvant donner une sur le lieu où il avoit esté institué Tuteur, il fut renvoyé au lieu de son domicile : Les Docteurs sur le ꝶ. *necessaria*, ont traité cette autre question, si un acquereur avoit stipulé que le vendeur remplaceroit les deniers en achat d'heritage, si ce vendeur seroit tenu de faire ce remplacement au mesme lieu, ou s'il pourroit le faire ailleurs ? & l'on répond qu'on doit la bailler au mesme lieu, *quia tacitè hoc actum inter eos intelligitur pro securitate emptoris.*

Cette difficulté s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre le 9 Mars 1679. De la Folie & Dandin Bourgeois de Paris, demanderent à Loüis de Flavigny demeurant à Elbeuf en Normandie, les arrérages de cent livres de rente qui appartenoient à leurs femmes ; de Flavigny voulant se liberer du principal & des arrérages leur demanda un remplacement ou une caution dans le Bailliage de Roüen, ils s'en porterent pour appellans à la Cour.

L'on agita deux questions ; la premiere, si lesdits Dandin & de la Folie étoient obligez de donner un remplacement, vû qu'il s'agissoit d'une rente constituée & qu'ils étoient demeurans à Paris ; & la seconde, si en tout cas ils étoient tenus de donner caution dans le Bailliage de Roüen ? J'ay rapporté les raisons de la premiere question sur l'Article 539. de la Coûtume de Normandie : sur la seconde, de Lespiney disoit pour les Appellans, que quand ils seroient tenus de bailler caution, on ne les pouvoit forcer de la luy fournir dans le Bailliage de Roüen, & qu'étant une caution necessaire il leur devoit estre permis de la bailler en tel lieu qu'ils pourroient. Je répondois pour Flavigny, que la caution luy seroit inutile s'il étoit contraint d'agréer celle qu'on luy donneroit en des lieux éloignez. Par

l'Arrest la Sentence fut infirmée, en ce qu'elle contenoit que la caution seroit baillée dans le Bailliage de Roüen, & en reformant il fut ordonné qu'ils seroient tenus de bailler remploy ou caution en Normandie. Papon, l. 10. t. 4. n. 29. rapporte un Arrest par lequel un particulier avoit esté condamné par le Bailly de Tours à bailler caution, & ayant presenté un Marchand de la Ville du Mans, qui se soûmettoit à la Jurisdiction dudit Bailly de Tours, elle fut jugée valable, quoy que la partie alleguast que la caution que l'on est obligé de bailler par Sentence est necessaire, & que par consequent il faut au moins la bailler dans la Province, & que le mot de *Province* est interpreté ordinairement pour Bailliage ou Senechaussée, mais il parut qu'il n'en pouvoit bailler dans la Province.

Balde sur le §. *si necessaria. l. si fidejussor. D. qui satisd. cog.* dit qu'en matiere criminelle l'on ne distingue point si l'obligation de bailler caution est volontaire ou necessaire, *quia succurritur ei qui arctatur à jure, sed non succurritur ei qui arctatur suâ culpâ.*

La caution admise ne se rejette plus.

Le creancier doit examiner la qualité de la caution avant que de l'accepter, car aprés y avoir donné son agréement, l'allegation d'insolvabilité ne seroit plus admise, non plus que la demande que l'on feroit de nouvelles seuretez, *qui admisit fidejussorem non idoneum, fidejubentem idoneum esse comprobavit. l. qui satisdare. 3. §. ult. D. de fidejuss.* l'excuse d'avoir ignoré l'état de ses affaires & de ses facultez ne seroit point valable, parce qu'il a dû s'en informer avant que de l'accepter, & l'on présume qu'il en a eu une parfaite connoissance; *nam qui cum alio contrahit, scit vel scire debet conditionem suam. l. qui cum aliquo, de Reg. jur.* & c'est une autre maxime que *paria sunt scire vel scire debere. l. quod te. sicut pet.* Si toutefois le creancier avoit esté surpris par le dol de son debiteur, & qu'il alleguast de trés-justes causes qui l'auroient empesché de connoistre les facultez de la caution, il seroit favorable à demander une meilleure asseurance, c'est l'opinion d'Alexandre en son Conseil 60. vol. 5. contraire à la Glose, sur la *l. si quis stipulatus su. 112. ℥. ult. de verb. oblig. &* sur la *l. inter causas. ℥. abesse D. mandati.*

De la caution judiciaire & conventionnelle.

Si la caution estoit solvable lors qu'elle fut baillée & acceptée, mais que depuis elle soit déchûë par la perte de ses biens ou par quelque autre accident, celuy qui estoit tenu de fournir une cau-

une caution, sera-t'il obligé d'en donner une autre? Les Interpretes du Droit Civil ont fait distinction entre les cautions judiciaires & les conventionnelles. Au premier cas si le fidejusseur judiciaire devient insolvable, le debiteur en doit fournir un autre : *Si medio tempore calamitas insignis fidejussoribus, vel magna inopia accidit, causâ cognitâ ex integro satisdandum erit. l. si ab arbitro. 10. §. 1. qui satisd. cog. D. l. Pratoria. 4. D. de Prator. stipul.* La raison est que le Juge ne condamne à bâiller caution qu'en connoissance de cause & parce qu'il y a necessité de condamner, & c'est pourquoy lors qu'elles deviennent insolvables, il est raisonnable de donner de nouvelles asseurances. Pour les cautions qui ne sont dûës que par la convention des parties, quelque accident qu'il leur puisse arriver, le debiteur ne peut estre poursuivy pour en bailler de nouvelles, parce que la caution ne paroist pas si necessaire, lors que le creancier la demande, comme lors qu'elle est ordonnée par le Juge, comme je viens de le remarquer.

Enfin il faut prendre garde que le cautionnement doit estre exprés & precis pour estre obligatoire, car les paroles qui ne signifieroient qu'une simple recommandation ne produiroient aucune obligation. *l. si verò non remunerandi. 12. §. cum quidam. D. Mand.* comme il a esté jugé par les Arrests rapportez par Mainard, l. 8. c. 29. & par Papon, l. 10. n. 12. les Lettres que l'on écrit en faveur de quelqu'un, *commendandi magis hominis quàm mandandi causa scripta sunt.*

Il y a des choses par le Droit Romain pour lesquelles il n'étoit pas permis d'exiger une caution : Par exemple, pour la dot, nous en avons un titre dans le Code, *ne fidejussores dotium dentur.* Cette prohibition étoit fondée sur cette raison, qu'il étoit de l'interest public que les cautions ne fussent pas si frequentes & si communes, à cause des procez qu'elles causent ordinairement, & si pour chaque dot il avoit fallu donner caution, il ne se seroit point trouvé de famille qui n'eust esté embarrassée de quelque cautionnement, & la dot étant un sujet qui produit naturellement tant de questions & de difficultez, c'eust été rendre cette matiere encore plus embarrassée si l'on y avoit ajoûté des cautionnemens. *Molin. de usur. quæst. 32.*

CHAPITRE III.

De la nature de l'Obligation fidejussoire, & de la forme du cautionnement.

De l'obligation fidejussoire & de la caution.

LE creancier stipuleroit inutilement une caution qui se pust obliger, qui fust solvable & d'une discussion aisée, si l'obligation qui luy sert de fondement & de principe n'étoit legitime, car l'obligation nulle ne produisant aucun effet contre le principal obligé, le cautionnement ne peut subsister. *l. si servus. D. si quis caut.* & lors que l'obligation est bonne, il faut prendre garde de n'engager pas la caution à des conditions plus rigoureuses que le debiteur, *nam si in duriorem causam adhibiti sint fidejussores non obligantur*: mais l'on peut bien les obliger à des conditions moins onereuses, *l. Græcè. §. 8. ɀ. 1. D. de fidejuss.* La Glose sur ce Paragraphe, dit que la condition du fidejusseur est estimée plus desavantageuse en trois manieres; par le lieu, par le temps, & par la cause: par le lieu, s'il s'obligeoit à payer en un certain lieu, quoy que par l'obligation il n'y en eust point de limité & de designé pour le payement, *aliquatenus duriori conditioni obligatur, quam si purè interrogatus fuisset, nullo enim loco, quàm in quem promisit solvere invito stipulatore potest. l. fidejuss. ɀ. 1. D. de fidejuss.*

Des conditions du fidejusseur.

La condition du fidejusseur est plus dure à l'égard du temps, si l'obligé a un terme plus long pour payer sa caution.

Pour la cause la condition du fidejusseur est beaucoup plus mauvaise, lors qu'on le fait obliger par corps, quoy que celuy pour lequel il intervient ne le soit pas, la cause est aussi reputée plus rigoureuse lors que l'obligation n'étant qu'en argent, la caution promet du vin ou du bled, dont le payement & la livraison luy sont plus incommodes & plus difficiles, *non obligatur fidejussor qui in aliam rem quàm quæ credita est obligatur, quia non ut æstimatio rerum quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda est. l. si ita, D. de fidejuss.*

Le Jurisconsulte en la Loy *Hi qui. 34. D. de fidejuss.* estime que l'obligation de la caution est plus onereuse, si le debiteur ayant le choix & la faculté de payer à tel ou à tel : l'on ne laisse pas la mesme liberté à la caution, & si on l'oblige envers un seulement, *si mihi aut Titio stipulatus à fidejussore mihi tantum interrogem, in duriorem causam fidejussorem acceptum Julianus ait.* Un fidejusseur me paroistroit trop délicat & trop fin, s'il prétendoit se liberer de son cautionnement sur ce seul prétexte, à moins que de montrer qu'il luy seroit plus incommode & plus difficile de n'estre obligé envers un seul qu'envers deux, & qu'en luy ôtant cette alternative, son obligation en fust plus onereuse.

Mais dans cette autre espece qui est proposée dans la mesme Loy, la condition de la caution est plus favorable, si le debiteur étoit obligé de bailler *Pamphilus* ou *Stichus*, & que la caution ne se fust engagée que pour *Pamphilus* : Quoy qu'il semble d'abord qu'il y ait moins d'avantage pour la caution en ce qu'il n'a pas le choix de bailler l'un ou l'autre, neanmoins il est vray de dire que son obligation est moindre, parce que *Pamphilus* venant à mourir, il en est déchargé ; bien que le debiteur ne le soit pas, étant obligé de bailler *Stichus.*

Il en seroit de mesme si l'obligé promettoit de livrer tel ou tel cheval, & que la caution ne se fust engagée qu'à bailler un certain cheval.

Si l'obligé avoit promis un cheval ou cinquante écus, & que l'on eust employé dans le cautionnement que le fidejusseur bailleroit l'un ou l'autre au choix du creancier, il est sans doute que sa promesse auroit plus d'étenduë, & que par consequent étant plus onereuse elle seroit nulle ; *non obligabit eum quia durior ejus conditio facta est. l. Græcè. 87. 89. D. de fidejus.*

Dans cette mesme Loy §. *si quis Stichum. 8.* une obligation étant conçûë en ces termes, que l'on promettoit simplement de donner un esclave ; mais la caution avoit promis ou l'esclave ou dix écus. Le Jurisconsulte résoud que cette obligation n'est pas seulement nulle pour estre plus onereuse que celle du debiteur, mais aussi parce que c'étoit une autre obligation : *Marcellus notat fidejussorem non ideo tantum non obligari, quia in duriorem conditionem acceptus est, sed quia & in aliam potius obligationem acceptus est.*

Puisque le fidejusseur ne peut s'engager à payer une somme plus grande que celle qui est contenue dans l'obligation principale, si neanmoins il a promis davantage, son obligation sera-t'elle absolument nulle, ou subsistera t'elle jusqu'à concurrence de l'obligation principale ? Pour prouver que l'intervention est nulle l'on allegue la *l. Gracè.* §. *illud de fidejuss. illud commune est in universis qui pro aliis obligantur; quod si fuerint in causam duriorem adhibiti, eos omnino non obligari.* Ces paroles *eos omnino non obligari*, ont esté diversement expliquées par les Interpretes; quelques-uns ont tenu que la caution n'étoit en rien obligée, se fondans sur le §. *si fidejussores. de fidejuss.* aux Instit. qui declare ces obligations nulles, parce que l'obligation du fidejusseur n'étant qu'accessoire, elle ne doit point estre differente de la principale, *obligatio fidejussoris est accessio principalis obligationis, nec plus in accessione potest esse quàm in principali re.* De sorte que la caution n'est pas seulement tenuë jusqu'à la concurrence de l'obligation principale: Papon en ses Notaires des Contrats fidejussoires, a suivy cette opinion comme la plus veritable.

Il semble neanmoins plus équitable de faire valoir le cautionnement jusqu'à la concurrence de la somme promise par le principal obligé, *quia in majori summa inest minor, & utile per inutile non viciatur.* Charondas en ses Pand. l. 2. c. 36. est de ce sentiment. De sorte que l'obligation du fidejusseur pour se monter à une plus grande somme n'est pas nulle, mais elle doit estre réduite à la somme principale, & pour cét effet quelques Docteurs estiment qu'il ne faut pas lire, comme l'on fait ordinairement *eos omnino non obligari*, mais qu'il faut corriger cette lecture en cette maniere *eos non omnimodo obligari*, c'est à dire qu'il n'est pas obligé en toute maniere, mais seulement pour la somme principale.

Mais il est sans difficulté, que si l'obligation n'étoit que de cent liv. & que le cautionnement ne fust que de cinquante liv. il seroit valable, *in majorem enim summam fidejussor rectè accipitur.* le cautionnement seroit aussi nul, si l'obligé n'étoit tenu que sous condition, & que le fidejusseur le fust purement, *si sub conditione reus sit acceptus fidejussor purè, non obligabitur.*

Ainsi pourvû que la condition du fidejusseur ne soit pas plus desavantageuse, il peut intervenir ou pour le tout ou pour une partie, en toutes sortes d'obligations civiles & naturelles, *l.*

Gracè. 8. §. 6. de fidejuss. soit qu'elles soient coutractées par la tradition de la chose ou par le seul consentement, & quoy que l'on ne puisse pas intervenir caution pour la peine d'un crime, ny s'obliger corps pour corps, *nemo enim est membrorum suorum Dominus. l. liber homo. D. ad l. Aquil.* On peut neanmoins cautionner pour l'action qui en résulte & pour les dommages & les interests qui en peuvent estre demandez. *l. Gracè. §. sed & si 8. de fidejuss.*

Il est donc necessaire pour juger de l'effet du cautionnement de considerer la nature & les conditions de l'obligation.

Si l'obligation consiste à faire quelque chose; comme si par exemple, l'on s'étoit obligé à bâtir une maison, la caution ne pourroit estre forcée d'executer cette obligation, elle seroit seulement tenuë aux dommages & interests de celuy au profit de qui la chose devoit estre faite; parce que c'est une maxime generale & certaine, que *in omnibus faciendi obligationibus, ut si non fiat quod fieri venit, succedat obligatio præstatioque ejus quod interest. l. si quis ab alio. §. ult. D. de re jud.*

Il y a difference entre celuy qui se rend simplement caution pour une certaine somme ou pour tout ce qui pourra être dû par le debiteur, *qui in omnem causam fidejussit.* Cela est décidé en la *l. fidejussores 68. ℨ. pro Aurelio. D. de fidejuss.* Deux particuliers étoient intervenus cautions de payer cent liv. par an pour une ferme du fisc, le fisc aprés s'estre mis en possession des biens du Fermier, poursuivit les cautions, tant pour le principal que pour les interests, mais ayant paru par le brevet du cautionnement qu'ils ne s'étoient précisement rendus garans que de cent livres par an, *non in omnem conditionem*, ils furent déchargez des dommages & interests, mais il fut ordonné que sur les deniers provenans de la vente des biens du Fermier, les interests seroient premierement déduits & le reste sur le principal, & que ce qui défaudroit seroit payé par les cautions: Si le cautionnement avoit esté conçû en ces termes, que l'on s'obligeoit de payer tout ce qui seroit dû par le Fermier, en ce cas *cum fidejussor in omnem causam conductionis se obligaverit eum tardius illatarum pensionum per moram coloni usuras præstare debere. l. quæro. 54. D. loc.* estant une maxime que *mora rei fidejussori quoque nocet. l. si quis, 24. ℨ. 1. De usur. & l. mora. 88. de verb. oblig.* De sorte que la

caution eſt tenuë aux intereſts, non ſeulement du jour qu'elle a eſté pourſuivie par le creancier, mais auſſi du jour que la demande en a eſté faite au principal obligé. *Cum facto ſuo reus principalis obligationem perpetuat etiam fidejuſſoris durat obligatio : l. Si à colono. 58. ʒ. cum facto. D. de fidejuſ. & l. 51. ſervum.* Si toutefois le fidejuſſeur ne s'eſtoit expreſſement obligé qu'à la ſomme principale, le retardement du creancier ne luy pourroit nuire pour les intereſts, *l. centum Capuæ. D. de eo quod certo loco.* Ce qui vient d'eſtre dit n'a pas lieu toutefois pour les dépens, qui ne peuvent eſtre demandez au fidejuſſeur que du jour qu'il a eſté appellé en la cauſe, parce qu'il pourroit dire que s'il avoit eſté ſommé il auroit acquitté la dette, & empeſché que le creancier ne fiſt des frais; mais quelque generale que puſt être la clauſe du cautionnement, elle ne s'eſtendroit pas aux amendes qui ſeroient jugées pour quelque faute perſonnelle de l'obligé; les cautions des Magiſtrats ne ſeroient pas reſponſables des amendes où ils ſeroient condamnez pour avoir malverſé dans leurs Charges. *l. fidejuſſor. 68. de fidejuſſ. D.* & *l. Libertus. 17. ʒ. ult. D. ad municipalem pœnalibus actionibus non adſtringuntur in quas inciderunt hi pro quibus intervenerunt. Eos enim damnum Reipublicæ præſtare ſatis eſt quod promitti videtur.* Chopin du Domaine, l. 3. c. 14. n. 2. eſt d'avis que meſme la caution d'une ferme du Domaine n'eſt point obligée aux dettes extraordinaires du Fermier adjudicataire qu'il auroit contractées en ſon nom. A plus forte raiſon elle ne ſeroit pas tenuë aux amendes que l'on auroit jugées pour la faute perſonnelle du Fermier. *Hoc enim non debet imputari fidejuſſoribus quod ille propter pœnam ſuam præſtitit. l. ult. D. de fidejuſſ. Comment. 5. acceſſion. de verb. oblig. vide Cujac. ad D. l. ſi à colono ad l. 13. quæſt. Pauli.*

L'on donne ſouvent des lettres de credit pour ceux qui voyagent, ou pour des Ecoliers que l'on envoye en des Univerſitez, ſi elles ſont conçûës en ces termes. Donnez à un tel la ſomme qu'il vous demandera, & je vous en répond. Si l'on baille pluſieurs ſommes & à pluſieurs fois à ce debiteur, la caution ſera-t'elle obligée à la premiere ſomme ſeulement, ou à tout ce qui a eſté preſté? L'on répond que ces paroles, la ſomme qu'il vous demandera, ſont termes d'infinité, *ubi autem verba ſunt ad infinitatem toleratur infinitas. l. ſi ita ſtipulatus à Seio. 55. D. de fide-*

juss. & ibi Bart. Et par consequent celuy qui a baillé la lettre est obligé à tout. Papon en ses Not. tom. 1. l. 3. t. des Contrats Fidejussoires.

Pour sçavoir donc jusqu'où le cautionnement doit s'étendre, il faut considerer exactement les termes où il est conçû: car s'il n'est fait que pour une certaine somme, la caution n'est pas tenuë en plus outre: Et il n'est point tenu aux interests s'il ne s'y est expressement engagé, en ce cas il ne peut s'en défendre, *fidejussor si in usuras quoque obligatus est justam causam recusandi eas solvere non habet. l. fidejussor. 10. C. de fidejuß.*

Cependant le contraire est décidé en la *l. fidejussor. §. Aurelio. D. de fidejuss.* que je viens de citer, car encor qu'il demeurast constant que la caution du Fermier du fisc ne se fust obligée qu'en payement du fermage & non aux interests; L'on ordonna neanmoins que sur les biens du Fermier les interests seroient payez les premiers, & les fermages sur ce qui resteroit, & que s'il ne suffisoit pas pour les acquiter, les Cautions seroient contraintes pour le surplus, *quidquid ex bonis fuisset redactum prius in usuras cedere reliquam in sortem & ita in id quod defuisset fidejussores condemnandos.* Or c'estoit en effet faire payer les interests à la caution, contre la disposition de la Loy *quæro. D. locati*, & de la Loy *10. C. de fidejuss.* Monsieur Cujas en ses Notes sur cette Loy, pour concilier ces Loix dit que *hoc singulare est in conductore vectigalium publicorum ut qui in certam summam fidejußit teneatur etiam in usuras.* Ce qui a lieu pareillement pour les fermages des biens appartenans aux Villes & Communautez. *l. 2. §. 12. D. de admin. rer. ad eum pact.*

Hors ces cas celuy qui n'intervient caution que pour une certaine somme, & qui ne s'est point obligé *in omnem causam conductionis*, n'est point tenu aux dommages & interests, & en cas d'insolvabilité du debiteur, le principal doit estre payé sur ses biens auparavant les interests, pour la décharge de la caution.

Il faut encore examiner les termes où sont conçûës les cautions judiciaires, de payer le jugé qui sont données tant en matiere civile que criminelle, il y a difference entre la cause principale & la cause d'appel, si le cautionnement étoit expressement limité pour les dommages, interests & dépens de l'instan-

ce principale ; il ne pourroit être étendu aux dépens faits en cause d'appel, *fidejussor judicatum solvi acceptus in prima causa non tenetur in eo quod postea judicatur in causa appellationis. l. cum apud. l. si quis. D. judic. solv.* Mais si le fidejusseur s'est obligé en termes generaux de payer le jugé, il doit payer non seulement les condamnations jugées par la premiere Sentence, mais aussi celles qui seront prononcées en cause d'appel : Et du Moulin en son Traitté de Individ. p. 2. n. 138. rapporte un ancien Arrest du Parlement de Roüen, qui l'avoit jugé de la sorte : Il ne seroit pas neanmoins tenu en l'amende du fol appel, en laquelle le cautionné auroit esté condamné. Bacquet 2. pag. du Droit d'Aubeine c. 16. n. 9. où il traite cette question, & il rapporte une Sentence de la Chambre du Thresor, par laquelle la caution fut déchargée de l'amende du fol appel, *quia causa appellationis diversa est à causa principali, estque instantia diversa. l. invitus. C. de procur.* & il ajoûte que si un comptable estoit condamné au quadruple, ou à quelqu'autre peine pecuniaire, la caution n'en seroit pas responsable.

En matiere criminelle, la caution donnée pour un accusé n'est point obligée aux accessoires du crime, si elle n'a répondu generalement de l'evenement de toute la cause : Chopin *de Doman. l. 3. tom. 14. n. 2.* Celuy qui s'est obligé de representer un accusé, est tenu à faute de le faire aux interests de la partie, & même en l'amende pecunaire, comme il a esté jugé au Parlement de Paris : Charondas en ses Observations *in verbo fidejussor.* Mais l'on ne pourroit pas executer contre luy la peine corporelle qui auroit esté jugée contre le contumacé.

Ces deux Obligations, *judicio sisti & judicatum solvi*, de representer ou de payer le jugé sont differentes. Celuy qui ne s'est obligé qu'à representer, en est quitte en representant celuy que l'on a cautionné, mais lors que l'on s'oblige de payer le jugé, l'on n'est pas déchargé pour remettre l'accusé dans les prisons.

Cette question neanmoins fut agitée en matiere criminelle au Parlement de Tolose, à sçavoir si le fidejusseur s'estant obligé en ces termes, de representer l'accusé & de payer le jugé, il pouvoit estre poursuivy pour les interests & dépens, nonobstant que l'accusé eust esté representé : Il semble que l'obligation n'estant point alternative, & au contraire la caution ayant

promis

promis par une conjonctive de representer l'accusé & de payer le jugé, elle n'est point liberée en representant l'accusé, & qu'elle peut estre encore poursuivie pour les interests & dépens: Monsieur Mainard, l. 8. c. 28. rapporte un Arrest du Parlement de Tolose, par lequel le contraire a esté jugé, & l'Arrest fondé sur ce que les termes de payer le jugé, s'entend subsidiairement, à faute de representer le prisonnier : ce qu'il y avoit de particulier en l'Arrest, étoit que la caution avoit esté baillée pour tirer l'accusé d'une basse fosse, mais il n'avoit point esté mis hors de prison ; de sorte que l'on disoit qu'encore qu'il fust expressement employé dans le cautionnement que l'on s'obligeoit de payer le jugé, cette clause neanmoins se devoit rapporter à la principale obligation, qui estoit entant que l'on fust obligé de representer l'accusé aprés avoir esté élargy. Nous n'expliquerions pas de cette maniere cette clause de representer l'accusé & de payer le jugé, car elle contient deux obligations indivises, de representer & de payer, ce qui engage la caution à deux choses, de representer & de payer le jugé, autrement il faudroit concevoir l'obligation en ces termes, *de representer ou de payer le jugé.*

C'est une maxime que *mora rei principalis fidejussori nocet*, de sorte que dés le moment que le principal obligé est en retardement, la caution peut estre condamnée aux interests qui sont dûs *ex mora dummodo in omnem causam intervenerit*; *l. quæro. D. locat. cond.*

Mais quoy que le retardement qui procede du chef du debiteur fasse préjudice à son fidejusseur, il n'en est pas de mesme lors qu'il n'y a que le seul fidejusseur qui soit *in mora*: En ce cas sa negligence ne nuit point au principal obligé, *si fidejussor solus moram fecerit non tenetur reus principalis*; *l. mora. 27. §. 5. D. de usur. l. mora de verb. oblig.* Le Jurisconsulte en la 49. §. *1. de verb. oblig.* propose un cas où le fait du fidejusseur ne produit aucune action ny contre le principal obligé, ny contre le fidejusseur mesme, *si stipulatus sim per te non fieri quo minus agere liceat, & fidejussorem accepero, si per fidejussorem steterit neuter tenetur.* La raison est que par ce genre de stipulation *personam suam complector & non personam fidejussoris quem forte dedisti*, & c'est pourquoy si vostre caution seule m'empesche le passage, & qu'il n'y ait rien de

vostre fait, je n'ay aucune action, ny contre l'un ny contre l'autre; mais si vous vous opposez à mon passage, & vous & vostre caution estes condamnables en mes interests. *l. inter artifices in fine. D. de solut. V. Cujac. in Comment. ad lib. 24. Pauli ad Edictum ad. l. 49. de verb. oblig.*

On peut bailler caution pour une obligation presente & future.

L'on peut bailler caution, non seulement pour une obligation qui se contracte presentement, mais aussi pour une obligation future; mais en ce cas la caution ne peut estre convenuë plûtost que le principal debiteur n'ait commencé de devenir obligé; *neque enim fidejussor, antequam reus debeat, conveniri potest; l. fidejussor. 57. D. de fidejuss.*

Il n'est pas aussi necessaire que la caution intervienne dans le mesme temps que l'obligation principale a esté contractée, le cautionnement peut estre fait par aprés, mais s'il n'a point esté stipulé lors du Contrat, ou que le debiteur ne l'offre pas volontairement, le creancier ne l'y peut pas contraindre aprés l'obligation passée, il se doit imputer de ne l'avoir pas demandée; que s'il a exigé des cautions & qu'il les ait acceptées, quoy qu'elles soient insolvables, s'il en demande d'autres il est non recevable à cette demande, *suæ facilitati impensum ferre debet, si minus idoneos fidejussores accepit: neque enim oportet per singula momenta onerari eum à quo petitur. l. si is à quo. 3. §. si semel. D. ut in poss. leg.* Si toutefois quelqu'un avoit constitué une rente, & qu'il y eust affecté certains biens, dont il se disoit proprietaire & qu'il ne le fût pas, en haine de son dol on le condamneroit à rendre l'argent ou à bailler caution. Enfin la caution peut être pure ou sous condition, pour toûjours ou pour un temps seulement, & l'on peut mesme cautionner pour un absent & pour celuy qui l'ignore. *l. fidejubere. 3. D. de fidejuss.*

Aprés l'obligation passée on ne peut contraindre à bailler caution.

Pour rendre le cautionnement obligatoire, il ne suffiroit pas que le fidejusseur promit seulement que le debiteur payeroit fort bien la dette; *quia factum alienum inutiliter promittitur. l. sicut. 65. D. de fidejuss.* On agita cette question au Parlement de Dijon, si un Marchand ayant demandé à un particulier si celuy à qui il vendoit de la marchandise estoit solvable, & ce particulier ayant répondu qu'oüy, il n'estoit pas reputé avoir suffisamment cautionné cet acheteur, car le Marchand disoit que sur sa parole & sur l'asseurance qu'il luy avoit donnée que l'acheteur

estoit solvable, il luy avoit baillé sa marchandise à creance, qu'en tout cas *tenebatur de dolo :* Le particulier répondoit que ces paroles, *qu'il estoit solvable*, ne l'engageoient point, qu'il le croyoit tel, mais qu'il ne s'en estoit pas rendu garand : Par l'Arrest il fut jugé que ces paroles n'emportoient point un cautionnement. Bouvot en ses Questions Notables. tom. 2. l. 8. q. 5. Voyez ce que j'ay remarqué sur la fin du Chapitre précedent.

CHAPITRE IV.

Des Actions du Creancier contre les Fidejusseurs.

LEs actions du creancier contre la caution sont differentes selon la qualité des fidejusseurs & la nature des obligations.

A l'égard des fidejusseurs il y a difference entre les cautions judiciaires & les conventionnelles ; la caution judiciaire peut estre contrainte aprés le Jugement & les delais expirez sans aucune discussion des biens du condamné, *l. sancimus. C. de usur. rei jud. & ibi Glos.* ce que Bartole sur la *l. 1. D. jud. solv.* prouve par plusieurs raisons. Il faut encore faire cette distinction, si la caution judicaire a esté baillée pour une cause civile ou pour une cause criminelle, celuy qui en matiere civile a promis de payer le jugé, peut estre contraint pour cet effet sans distinction ; & la condamnation prononcée contre le principal debiteur, suffit pour avoir execution contre la caution, parce qu'ils sont également obligez *& dicuntur correi.*

De la caution pour cause civile, ou pour cause criminelle.

Il n'en est pas de mesme en matiere criminelle, la caution ne souffre point la peine imposée à celuy qu'il s'estoit obligé de representer, quoy qu'il ne le fasse pas, mais on le peut emprisonner pour l'amende pecuniaire jugée *ex delicto*, pour les dommages, interests & dépens. Charondas en ses Pandect. l. 2. c. 35. Si une personne a esté caution pour representer un accusé, peut-il estre recherché aprés que l'accusé depuis le cautionnement s'est representé pendant l'instruction & lors du Jugement & Sentence d'absolution, dont il y a eu appel ? L'on dit

La caution pour cause criminelle ne souffre point la peine du coupable.

que l'appel est suspensif, que la caution judiciaire estant tenuë à tout ce dont estoit tenu le principal debiteur, cela fait que l'accusé est tenu de se representer en cause d'appel; tout ainsi qu'il a fait en cause principale; & que par consequent la caution n'est point déchargée : On répond qu'en matiere criminelle la caution demeure seulement obligée jusqu'à la representation de l'accusé, aprés laquelle son obligation cesse, & par consequent si depuis l'appel les accusez estoient obligez de se representer, & qu'ils ne voulussent pas y satisfaire, la condamnation ne pourroit avoir lieu contre celuy qui n'estoit obligé que de representer. Cela a esté jugé de la sorte au Parlement de Paris, suivant l'Arrest rapporté dans la troisiéme Partie du Journal des Audiences, l. 6. c. 19. il y auroit eu plus de difficulté si aprés la representation l'accusé s'estoit aussi-tost absenté, car en ce cas il ne suffiroit pas pour la décharge de la caution que l'accusé fust representé, il auroit dû en demander acte & sa décharge en la presence de la partie.

La caution d'un accusé pour être delivrée, doit demander acte de la representation.

Pour le fidejusseur conventionnel, lors qu'il est demeuré dans les termes d'un simple cautionnement, il ne peut estre poursuivy avant la discussion des biens du principal obligé; car regulierement le fidejusseur ne s'engage qu'en cas d'insolvabilité du principal obligé, *id promittere videtur quod à principali exigere & servare non poterit. l. 1. C. de conven. fisci deb.* La discussion neanmoins ne peut estre demandée que pour les immeubles; car tous les Docteurs sont d'accord que l'on n'est point tenu de discuter les meubles, les procez & les actions.

Mais comme souvent le creancier ne se contente pas d'une simple caution, & qu'il desire qu'elle s'engage aux mesmes termes & conditions que le premier obligé, soit comme principal preneur solidairement & un seul pour le tout, sans discussion & sans ordre de division, il est necessaire de distinguer toutes ces especes de cautionnement, & de marquer les differentes actions qui en naissent.

Quand la discussion doit estre faite des biens de l'obligé avant ceux de la caution.

Lors que la caution n'est obligée qu'en cas que le debiteur soit insolvable, le creancier ne la peut poursuivre qu'aprés avoir discuté les biens de l'obligé & l'avoir rendu insolvable : Si au contraire l'on avoit promis de payer une certaine somme, en cas que le debiteur d'icelle ou d'une rente ne la payast pas, en

ce cas il suffiroit d'avoir interpellé ce principal debiteur ; & à faute de payement celuy qui auroit promis de payer seroit tenu de payer, parce que ce ne seroit pas une simple fidejussion qui requerroit discussion, mais c'est une obligation faite sous condition de payer, laquelle estant purifiée lorsque le principal debiteur ne la paye point, l'obligation est purifiée, & la condition avenuë. *Verisimiliter idest actum ut cùm appellatus reus non solvisset, fidejussor teneretur, l. fidejussor. obligari. 16. §. fin. D. de fidejuss.* Charondas est de sentiment contraire, en ses Rép. l. 2. Rép. 104. & sa raison est que quand on prendroit une telle promesse pour une obligation, *constat tamen non existere conditionem, donec Titius solvere potest, itaque eum prius excuti oportet.* Il est vray que par l'ancien Droit Romain, le creancier n'estoit pas tenu de faire cette discussion, & il pouvoit indistinctement s'adresser à l'un & à l'autre. *l. 1. 2. 3. & 5. C. de fidejuss. jure nostro potestas est creditori relicto reo eligendi debitores, nisi inter contrahentes aliud placitum dicatur.*

Cette Jurisprudence comme trop rigoureuse fut moderée par l'Authentique *Præsente. C. de fidejuss.* qui ne permet aux creanciers d'agir contre les cautions du principal obligé, sinon en cas d'absence ou de fuite, ou qu'il se cachast si bien qu'il ne pûst estre trouvé ; & sur ce principe l'on a favorisé les fidejusseurs autant qu'il a esté possible, pourvû qu'ils ne s'en fussent pas rendus indignes, comme il arriveroit si la caution avoit empêché la discussion du principal obligé ; car en ce cas il ne seroit pas recevable à demander une discussion à laquelle luy-mesme s'étoit opposé ; on priveroit pareillement la caution du benefice de discussion s'il avoit méconnu d'avoir cautionné, suivant le sentiment de Balde sur l'Auth. *contra qui propriam. C. de non num. pec.*

Non seulement le creancier ne peut s'attaquer directement au detenteur des biens, que le debiteur a alienez depuis son obligation, qu'aprés avoir intenté contre luy l'action personnelle & hypothecaire, suivant les Authentiques, *sed hodie. C. de oblig. & act. & hoc si debitor. C. de pign.* mais il est encore tenu de discuter les biens du debiteur possedez par le tiers detenteur, avant que de saisir ceux de la caution ; & quand mesme la discussion des biens du principal obligé auroit esté faite, si toutefois depuis la saisie des biens de sa caution il parvenoit à une meilleure for-

tune, cette caution pourroit forcer le creancier de retourner encore une fois sur son principal obligé, pourvû que sa solvabilité fust notoire & certaine, Fachin. l. 8. Controv. l. 56. d'Espesses des Cautions, Part. 2. t. 2. Sect. 3. Hypolit. de Marsilis *de fidejuss. n. 24.*

De la discussion du fisc.

L'on a douté si le debiteur ayant esté confisqué, il estoit necessaire de discuter le fisc ou les Seigneurs confiscataires avant que de pouvoir convenir les fidejusseurs? L'opinion pour l'affirmative est fondée sur ces raisons, que le fisc n'est point heritier du debiteur; *est tantum possessor bonorum. l. 1. §. an bona. D. de jure fisci*; que le confisqué doit estre consideré pour un absent, car où il a esté jugé par contumace, & en ce cas il est veritablement absent, ou la Sentence de condamnation a esté executée en sa personne; & en ce cas il n'est plus present: Or par l'Authentique *Præsente*, la discussion n'est point necessaire lors que le debiteur est en fuite ou absent, par la *l. Sententia. C. de fidejuss. sententia bonorum omnium ad emptionem continens rei damnati principalis, intercessoris eligendi potestas ei non adimitur.*

La negative est establie sur des raisons plus decisives, puis que le fisc succede aux biens du debiteur, il doit estre consideré comme son heritier, car encore qu'il ne soit pas un veritable heritier, neanmoins d'autre part il n'a pas la mesme faveur qu'un simple acquereur, & possedant les biens par une espece de succession la caution ne peut estre attaquée qu'aprés la discussion des biens du principal obligé, puisque le fisc entre en sa place, *l. 1. C. de fidejuss. l. 2. C. de sent. passis.* & pour la *l. Sententia*, elle a esté abrogée comme plusieurs autres par l'Auth. *Præsente. C. de fidejus.* Fachin. l. 8. c. 55.

Cas ausquels on peut s'adresser contre la caution.

Il y a certains cas neanmoins où le creancier peut s'adresser directement contre la caution, quoy qu'il n'ait fait aucune discussion des biens du principal obligé; l'Authentique *Præsente* en propose trois, l'absence, la fuite, ou s'il se tient caché: Les Docteurs ont remarqué plusieurs moyens, par lesquels l'absence ou la fuite d'un debiteur peut estre presumée: mais ordinairement il est reputé absent, lors qu'il n'a point de domicile, ou qu'il ne se trouve point dans l'étenduë de la Jurisdiction où il a cautionné, ou en laquelle il a esté condamné. Papon l. 10. t. 4. c. 24. Espesses *loco citato*.

La caution qui succede au debiteur, ne peut plus demander la discussion, parce que par l'adition d'heredité l'obligation fidejussoire a esté esteinte, & la caution est entrée en la place du principal obligé. l. *fidejussores. C. de fidejuss.*

Quand la caution entre en la place du debiteur.

Les Docteurs ont remarqué deux cas où la caution ne peut demander la discussion; le premier, lors que le debiteur est notoirement insolvable; le second, lors que la discussion est difficile à cause du pouvoir, & de l'autorité du principal obligé: *Glos. in ult. Gl. ad l. 10. de verb. oblig.*

Si la caution a renoncé au benefice d'ordre, & s'est obligée sans division, elle peut estre convenuë avant la discussion du debiteur. Et lors qu'il n'y a point de renonciation au benefice d'ordre, l'on ne convient pas si cette exception de la discussion doit estre necessairement alleguée & opposée avant la contestation en cause, ou si l'on s'en peut encore servir lors que la cause a esté contestée; Cette question a esté traitée par nos Docteurs qui sont presque tous de ce sentiment, que cette exception du benefice d'ordre est dilatoire & non peremptoire; & que la nature de ces exceptions qui ne périment point, mais qui different l'action, est d'estre proposée avant la contestation en cause, & cette opinion a esté confirmée par Arrest du Parlement de Grenoble: mais le Parlement de Tolose a jugé que cette exception peut estre proposée non seulement aprés la contestation en cause, mais mesme en cause d'appel. Dolive l. 4. c. 22. Ranchin, sur la Decision, 94. de Guy-Papé; ce qui me paroît plus équitable, puisque la Loy prend plaisir à secourir ceux qui se sont engagez pour rendre office à leurs amis, & pour les servir en leurs necessitez.

Il ne faut pas toutefois que la demande de la discussion serve de pretexte à la caution pour éloigner le payement de la dette. Car si le debiteur est notoirement insolvable, l'on ne doit pas engager le creancier à une discussion qui luy sera inutile, la caution donc en ce cas peut estre poursuivie: il en est de mesme lors que la discussion seroit malaisée, à cause du pouvoir du principal obligé; ce qui a lieu sur tout à l'égard de celuy qui auroit cautionné pour le Roy; car le Roy ne pouvant pas estre insolvable, & toutefois ne pouvant estre discuté, le cautionnement demeureroit sans effet, si celuy qui a cautionné pouvoit se pre-

valoir du benefice d'ordre & de discussion, mais suffit-il pour s'exempter de la discussion du Procez Verbal d'un Huissier qui atteste n'avoir trouvé aucuns biens appartenans au principal obligé ? L'on doit y ajoûter foy si la caution n'offre de prouver le contraire.

Au contraire, le Roy peut contraindre sans discussion les cautions des Fermiers de ses droits & revenus, non seulement lors qu'il paroît une association suivant l'Ordonnance de François I. de l'année 1517. Art. 23. mais mesme aussi quoy qu'il ne paroisse point qu'ils prennent part dans les Fermes, parce que l'on presume que ces sortes de cautions sont toûjours associées, le Bret Plaidoyé 42. sur la fin.

Si le creancier ne se contente point d'un simple cautionnement, & qu'il fasse employer dans le Contrat que non seulement l'on cautionne, mais que l'on en fait sa dette comme principal preneur & solidairement, sans avoir toutefois renoncé au benefice de division & ordre de discussion, sera-t'il encore recevable à demander la discussion du principal obligé ? L'on trouve sur ce sujet trois opinions differentes.

La premiere est d'Accurse & de plusieurs autres, que lors que le fidejusseur s'oblige par aprés dans le mesme acte comme caution, il ne perd point le benefice de discussion, parce disent-ils que l'on ne presume point de novation, si elle n'est expressement faite, *l. ult. C. de novat.* Or l'obligation du fidejusseur ayant commencé par un simple cautionnement, elle n'est point détruite par la clause subsequente d'un cautionnement solidaire, parce qu'elle n'est qu'accessoire. Et bien qu'il semble que n'étant pas demeuré dans les termes d'un simple cautionnement en se rendant principal preneur, il ait tacitement renoncé au benefice de division & de discussion, *cum sit reus in solidum obligatus*; neanmoins il faut dire que l'obligation ayant une fois commencé par le cautionnement, il n'est point reputé s'estre obligé, *tanquam reus debendi*; mais comme fidejusseur, & cette clause de principal preneur ne l'engage pas davantage en cet endroit que celle de la caution, parce que pour estre exclus des benefices qui sont accordez aux fidejusseurs, il est besoin d'une renonciation expresse. Et cette opinion a esté suivie par le Parlement de Paris, suivant les Arrests qui en ont esté rapportez

Quand il faut discuter le principal obligé avant la caution.

portez

portez par Charondas en ses Rép. l. 10. c. 56. c'est le sentiment de Bacquet, des Droits de Justice, c. 21. n. 256. & de du Moulin, *de contract. usur. quia habet beneficium ordinis in Authent. de duob. reis Constit. 99. etiam si se principalem debitorem constituerit.*

Quelques autres tiennent un party metoyen & font cette distinction, que quand par le mesme acte l'on commence par la caution, & que l'on ajoûte qu'outre cela l'on s'oblige comme principal preneur, en ce cas il n'y a point lieu au benefice de division & de discussion, *quia fidejussor & principalis debitor constituti videntur duo rei debendi*, mais si la caution s'est obligée en divers temps elle peut demander la division & la discussion, *quia duo rei debendi constitui non possunt*, & ce n'est plus alors qu'un cautionnement.

Quand la caution peut demander la discussion.

Mais suivant la troisiéme opinion, le fidejusseur qui s'est engagé non seulement comme caution, mais aussi comme principal preneur, perd absolument le benefice de discussion, autrement cette obligation & ces paroles par lesquelles il se constituë principal preneur n'auroient aucun effet & seroient inutiles, quoy que les termes des Contrats doivent estre expliquez en sorte qu'ils puissent operer, afin qu'ils ne soient pas superflus, & si l'on ne mettoit pas de difference entre cautionner & s'obliger comme principal preneur, & que ces paroles ne signifiassent qu'une mesme chose le creancier stipuleroit inutilement, que le fidejusseur s'oblige non seulement comme caution, mais aussi comme principal preneur.

Que si l'on objecte qu'il faut considerer l'origine de l'obligation qui n'estoit qu'un pur cautionnement; l'on répond que cela seroit raisonnable, si l'on n'avoit pas ajoûté en mesme temps une autre obligation aussi forte & aussi importante; à sçavoir l'obligation solidaire, ainsi ces deux obligations estant égales, elles doivent avoir un pareil effet, puisque le fidejusseur ne s'est pas contenté de cautionner, mais qu'il a bien voulu s'obliger comme principal preneur.

Il est vray que la novation n'est point presumée si elle n'est exprimée, mais en cette rencontre il ne se fait pas de novation, parce que ces deux clauses peuvent bien subsister dans un même Contrat, que le debiteur & la caution s'obligent solidairement, sans pouvoir se servir du benefice de discussion, parce que l'on

presume qu'il y a tacitement renoncé en s'obligeant comme principal preneur ; & il n'y a rien d'incompatible qu'un fidejusseur cautionne sans avoir le benefice de division & de discussion, parce que chacun peut renoncer au droit qui est introduit en sa faveur.

En Normandie nous suivons cette opinion, & nous tenons que les termes d'un Contrat ne doivent point estre illusoires, comme il arriveroit, si celuy qui se constituë principal preneur, ne pouvoit estre poursuivy sans discussion.

Comme il est souvent mal aisé de ne s'obliger pas pour autruy, & de n'assister pas ses amis & ses proches dans un besoin & dans une necessité pressante ; il est fort équitable de donner du secours, & de favoriser autant qu'il se peut, ceux qui ne se sont precipitez dans l'embarras & dans le péril d'un cautionnement, que par un principe d'honneur & d'amitié, ou par une trop grande facilité.

C'est par cette raison que les Empereurs par leurs Constitutions, accordoient aux fidejusseurs trois sortes de benefices & de graces, la premiere de ne pouvoir estre poursuivis qu'aprés la discussion des biens du principal obligé. *Authent. Præsente. C. de fidejuss.* & cette faveur estoit appellée, *beneficium ordinis.*

La seconde grace consistoit au benefice de division, lors qu'il y avoit plusieurs fidejusseurs solidairement & conjointement obligez, le creancier estoit tenu de diviser son action entr'eux s'ils estoient tous solvables, & cette grace qui fut premierement introduite par le Preteur, & depuis confirmée par l'Empereur Adrien, s'appelloit *beneficium Epistolæ Divi Adriani & auxilium divisionis. §. si plures, Instit. de fidejuss. l. si dubitet. 10. §. ita demum, D. de fidejuss. l. inter fidejussores, 26. & sequ. D. de fidejuss.*

Ce benefice de division fut pareillement accordé à ceux qui s'étoient obligez solidairement, pourvû qu'au temps de l'action ils fussent solvables ; *Authent. Hoc ita. D. de duob. reis.*

En vertu de la troisiéme grace, lors que le creancier recevoit le payement entier de sa dette par les mains de l'un des fidejusseurs, il estoit tenu de luy ceder ses actions ; ce qui s'appelloit, *beneficium cedendarum actionum* : Ce benefice procede de l'équité de la Loy plûtost que du Contrat de cautionnement, *non causatur ex aliquo contractu præcedenti prout causatur inter creditorem &*

fidejussorem, sed causatur potius ex aliquâ benignitate legis. Neguzant. de pign. in 3. memb. 5. part. n. 30. & l. mulier ac fine 19. qui pot. in pig. D. l. fidejussoribus. 17. D. de fidejus. l. Modestinus de solut.

Ainsi quoy que les cautions se fussent ordinairement obligées, elles ne laissoient pas d'avoir le benefice de division, & de discussion si elles n'y avoient renoncé expressément, ce qu'il faloit faire en ces termes, *que tels & tels s'obligoient un seul pour le tout & solidairement, & qu'ils renonçoient au benefice d'ordre & de division*: Et suivant le sentiment des Interprétes du Droit, une renonciation generale à tous ces benefices n'eust pas esté suffisante, *Hypol. de Marsilli de fidejuss. n. 28. & seq.* Il semble même qu'il étoit necessaire que le terme de *renonciation* fust employé dans le Contrat, car l'on doutoit encor du temps de du Moulin, si la renonciation au benefice de division étoit suffisante lors qu'il étoit seulement dit *sans division*; mais il résoud en sa Question 7. des Contrats usur. que ces mots *sans division* contenoient une renonciation au benefice de division.

En Normandie l'on n'estime pas que toutes ces clauses soient necessaires, il suffit que les cautions se soient obligées solidairement, sans y ajoûter toutes ces autres précautions, *un seul pour le tout, sans division ny discussion*, parce que ce terme *solidairement* les renferme toutes, & que celuy qui s'oblige un seul pour le tout & solidairement renonce tacitement à toutes les exceptions du benefice d'ordre & de discussion: En effet l'obligation solidaire devient superfluë, si nonobstant qu'elle ait esté stipulée l'on peut forcer le creancier à la diviser & à discuter tant le principal obligé que les cautions.

Il y a neanmoins plusieurs cas où la caution ne peut pas demander le benefice de division, elle ne seroit pas recevable contre son certificateur, parce qu'à son égard elle tient lieu de debiteur principal: Or le debiteur principal ne peut jamais demander cette division entre luy & sa caution: *l. si plures. § fidejussor. D. de fidejussor.*

Le debiteur principal ne peut demander la division entre luy & sa caution.

La caution qui pouvoit opposer la division & qui ne l'a pas fait, mais a payé la dette entiere ne pourroit pas repeter de ses cofidejusseurs leur portion qu'il auroit acquitée.

Le benefice de division n'avoit pas lieu en faveur des cau-

tions qui s'étoient obligées solidairement, lors que les cautions n'étoient pas solvables. Et le creancier ne pouvoit estre contraint d'agir contre celuy des fidejusseurs qui n'étoit point réputé solvable : mais la portion de l'insolvable retomboit sur les cofidejusseurs, *ejusmodi enim est natura obligationis plurium reorum debendi, ut inter eos sit mutuum periculum*. Et il a mesme esté jugé au Parlement de Paris, qu'encore qu'un des cofidejusseurs eust acquis la rente du creancier dans l'esperance de se faire payer de la rente entiere sur ses coobligez, que non seulement il déduiroit sa cote-part, mais qu'il contribuëroit aussi pour la part de l'un des coobligez qui étoit insolvable, Bacquet, des Droits de Justice. C. 2. n. 243.

La division doit estre demandée, & non suppleée par le Juge.

Le benefice de division doit estre demandé sans pouvoir estre opposé ny suppleé par le Juge. Il n'a pas lieu comme je l'ay remarqué cy-dessus pour les cautions judiciaires qui peuvent estre convenuës quoy qu'elles n'y ayent point renoncé.

Celuy qui seroit intervenu conjointement avec une femme ne seroit pas admissible à demander la division, car la femme étant incapable de cautionner, il resteroit seul obligé, *subducta enim muliere actio in solidum datur; scire enim potuit aut ignorare non debuit mulierem frustra intercedere. l. si Titius. 48. D. de fidejuss.*

Celuy qui cautionne avec une femme demeure seul obligé.

Il n'a pû ignorer que la femme ne pouvant s'obliger pour autruy, tout l'effet de l'obligation ne pouvoit subsister qu'en sa personne, cela a lieu pareillement pour la caution du mineur.

Dans cette mesme Loy, Papinien propose cette autre question, si le mineur qui avoit cautionné avec un majeur étoit restitué, le majeur pourroit estre poursuivy pour le tout ? Le Jurisconsulte fait cette distinction, que si le cautionnement avoit esté fait par le majeur seul qui s'étoit obligé solidairement, quoy que depuis l'on fist intervenir un mineur, l'obligation solidaire subsisteroit à son égard, bien que le mineur fust restitué en son entier, parce que s'étant d'abord obligé seul & sans aucune esperance que quelqu'un interviendroit encore caution, l'obligation solidaire qu'il avoit contractée n'avoit point esté divisée par l'intervention posterieure du mineur, *Si major 25. annis solus ab initio fidejusserit pro alio, deinde minor, restituto minore in integrum, major tenetur in solidum, quia & ab initio obligavit se*

De la caution du mineur.

in solidum nullum sperans se habiturum participem obligationis, Cujac. in Comment. ad l. Titius. l. 10. quæst. Papin.

Que si le majeur & le mineur se sont obligez conjointement & en un mesme temps, en ce cas le majeur n'est tenu que pour sa part, quoy que l'obligation du mineur ne subsiste point. Du majeur & du mineur obligez conjointement.

Mais quelle est la raison de la difference entre le cautionnement fait par la femme, & celuy fait par le mineur, vû qu'en l'un, celuy qui est intervenu avec la femme est tenu pour le tout, & au contraire quoy que le mineur soit restitué, celuy qui a répondu avec luy en est quitte pour sa part? La raison de la difference est que la Loy défend expressément aux femmes de cautionner: mais il n'y a point de Loy ny de Senatus Consulte, qui défende aux mineurs de s'obliger par autruy, la femme qui cautionne a un exception acquise & certaine; mais le mineur n'est point liberé par une simple exception, il a besoin de lettres de restitution, l'obligation est toûjours certaine, la restitution en entier est incertaine & arbitraire, & elle ne s'accorde qu'en connoissance de cause. *l. in causa 13. de minor. D.* Et elle dépend de l'arbitrage du Juge qui peut l'accorder ou la refuser: mais l'exception qui naist du Vellejan, ne peut jamais estre refusée à la femme. D'ailleurs le sexe de la femme est toûjours certain, mais l'âge d'un homme n'est pas toûjours bien connu, & l'on peut se tromper en croyant une personne majeure qui ne l'étoit pas. *Hac ratione propter incertum ætatis, & propter incertum restitutionis in integrum, si mas & fœmina fidejusserint pro alio, mas tenetur in solidum quia scivit cum effectu se solum obligari, sed si major & minor fidejusserint pro alio, major non tenetur in solidum, quia vel nescivit correum esse minorem vel cogitavit auxilium restitutionis esse perquam dubium & incertum. Cujac. ibid.*

Nonobstant l'obligation solidaire de plusieurs obligez & de plusieurs cautions, & que mesme ils ayent renoncé au benefice de division, si toutefois le creancier a divisé sa dette il ne peut plus agir solidairement contre les autres coobligez ou cofidejusseurs, il ne peut demander que leurs parts & portions, suivant la *l. creditores. C. de pact.* Le creancier divisant sa dette, ne peut plus agir solidairement contre les coobligez.

Mais la difficulté est souvent grande pour sçavoir comment le creancier est censé avoir divisé sa rente; il est certain que lors qu'il paroist que le creancier a reçu de l'un des coobligez

solidairement une partie de la dette, *animo dividendi*, que la rente est reputée divisée ; que s'il ne paroît pas évidemment par les circonstances du fait qu'il n'a pas eu cette intention, la division n'est jamais presumée par le simple payement de la dette.

L'on peut connoître l'intention du creancier par la nature de la dette & par les termes de la quittance, quand il s'agit d'une simple dette pour faire presumer la division, il est necessaire pour user des termes de la Loy, *si creditores. D. de fidejus.* que *creditor admiserit unum ex debitoribus pro persona sua solventem*, c'est à dire que la quittance qu'il baille à l'un des debiteurs, porte expressement qu'il le quitte de sa part & portion sans se reserver à la solidité, car ces paroles de la Loy, *pro persona sua*, marquent l'intention du creancier, & qu'il a consenty que l'obligation fût esteinte à l'égard de celuy qui paye, & suivant la pensée d'Alciat sur cette Loy, *si creditores*, ces paroles ont le mesme effet que si le creancier avoit dit, *se pro portione sua vel pro rata, vel pro quota, vel pro virili sua parte admisisse persolventem.* Mais s'il avoit declaré que c'estoit pour gratifier & faire plaisir à celuy qui paye, l'obligation ne seroit point divisée, suivant l'Arrest remarqué par Robert, *l. 4. rer. jud. c. 7.* Il en seroit encore de mesme si la quittance estoit pure & simple ; car encore que le coobligé eust payé sa part & portion entiere, l'on ne presumeroit aucune division à l'égard de celuy qui auroit payé, ni à l'égard des autres coobligez solidairement.

Quand l'obligatiõ n'est pas divisée.

La division ne se presume pas si facilement à l'égard d'une rente, soit pour les arrerages soit pour le principal, car la reception faite par le creancier de l'un des coobligez, de la portion des arrerages qu'il pouvoit devoir n'induit aucune division, ni pour les arrerages à venir ni pour le principal, si cela ne s'estoit fait par un si long temps qu'il suffise pour prescrire, *ne scilicet*, dit Alciat au mesme lieu, *ex accessoria præjudicium fiat principali*, & les payemens qui sont faits ne servent que pour le passé & non pour l'avenir, *& licet una sit omnium annorum præstatio, plures tamen sunt præstationes & præsumptio quæ ex una præstatione oritur, ad alium sequentem trahi non debet.*

A l'égard du principal de la rente, si le creancier admet l'un

des coobligez à racheter sa portion, & que la quittance contienne que c'est pour sa part & portion, celuy qui a fait le rachat de la rente est déchargé, & ne peut plus estre poursuivy pour les parts & portions des autres coobligez : Il y auroit encore moins de difficulté s'il estoit fait mention par le Contrat de rachat, que celuy qui paye demeure quitte du surplus de la rente.

Quand par le rachat d'une portion d'une rente, on est liberé du tout.

Mais hors les cas où il paroît manifestement que le creancier a eu intention de diviser sa rente, c'est une opinion commune *ex simplici solutione nullam fieri divisionem*, & il y a bien moins d'aparence que le creancier ait reçû *animo dividendi*, lors que celuy qui paye n'acquite pas justement sa part & portion, mais qu'il paye plus ou moins qu'il ne doit ; car alors l'on ne peut s'imaginer aucun dessein de diviser la dette, & cela est encore moins douteux lors que le creancier ajoûte que *c'est sans prejudice de l'insodilité*, & c'est ce qu'il doit toûjours faire pour une plus grande seureté, & pour éviter toute ambiguité : le creancier qui reçoit de l'un des coobligez une partie de sa dette ne doit pas manquer d'employer dans sa quittance, que *c'est sans prejudice de l'insolidité*. Sur cette matiere voyez du Moulin *de feud. 83. quæst. 5.* les Docteurs sur la *l. si creditores*, & Bartole sur la *l. inter eos. §. fidejussor. D. de fidejus.*

La division de la dette ou de la rente estant presumée par l'intention apparente du creancier, cela opere-t'il seulement en faveur de celuy qui a payé sa part & portion, ou si les autres coobligez sont aussi déchargez de l'insolidité, en telle sorte qu'ils soient recevables à racheter separément leur portion de la dette ou de la rente ; & qu'ils ne puissent plus estre poursuivis que chacun pour leurs portions, comme la rente ayant esté tacitement divisée ?

Alciat sur la *l. si creditores 18. C. de pact.* & les autres Docteurs qui ont esté de son opinion, estiment que le payement fait par l'un des coobligez solidairement de sa portion de la dette ou de la rente ou la quittance qu'on luy a baillée pour sa part, ne profite point aux autres coobligez, & que le creancier ne peut estre empêché sur ce pretexte de les poursuivre solidairement pour le surplus de la dette, le payement fait par le coobligé & la quittance qui a esté baillée ne pouvant servir qu'à luy seul &

non point aux autres coobligez ; les raisons de cette opinion sont que la convention faite avec quelqu'un ne peut estre estenduë au profit d'un autre, *nam alteri quis pacisci non potest.* §. *alteri. Inst. de inut. stipul.* qu'il n'y a aucune conjecture probable, que pour avoir voulu gratifier un des coobligez il ait eu intention de faire cette faveur aux autres, puis que ce que le creancier a fait il ne l'a point fait en leur consideration ni en contemplation des absens, & pourquoy la facilité d'un creancier lui seroit-elle si captieuse & si prejudiciable qu'il fût forcé d'accorder à tous les coobligez ce qu'il n'auroit voulu permettre qu'à l'un d'eux? On peut avoir cette déference pour celui qui paye & qui tâche de s'acquiter : mais on ne doit pas avoir la méme bonté pour ceux qui ne payent rien, & c'est pourquoy il y a beaucoup de difference entre celuy qui paye & ceux qui ne s'en mettent point en devoir, & l'on ne peut presumer de paction tacite en leur faveur : Il est vray que par la *l. si creditores*, la reception d'une partie de la dette payée par l'un des coobligez induit une division tacite, *si creditores vestros ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona solventem, alter pro altero non exigitur.* Mais cette Loy ne peut servir de decision, parce qu'il n'y avoit que deux coobligez, & ainsi le creancier ayant admis l'un des debiteurs pour sa moitié, il ne pouvoit plus demander à l'autre que sa moitié ; que si l'on objecte qu'en expliquant cette Loy de cette maniere, *nulla exceptio divisionis dari potuisset*, il n'y auroit pas eu lieu d'alleguer l'exception de division, puisque de deux debiteurs l'un ayant payé sa moitié, l'autre ne pouvoit pas demander de division pour sa part ; l'on répond qu'en effet il n'est point fait mention de l'exception de division.

Aussi suivant la *l. Reos. 23. C. de fidejuss.* le creancier soit qu'il se soit adressé ou au principal obligé ou à ses cautions, peut retourner contre l'un ou l'autre. *Reos principales, vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire, vel satis non faciente contra quem egerat primo post illum ad alium reverti, cum nullum de his electione liberetur, licet.*

L'on dit au contraire qu'il est raisonnable que la dette ou la rente demeure divisée entre tous les debiteurs, puis qu'ils sont tous de mesme condition, que lors que plusieurs personnes sont solidairement obligées par un mesme acte, le peril est commun entr'elles

entr'elles & il les regarde toutes conjointement; aussi lors que le creancier divise ce péril & libere quelqu'un des debiteurs en l'admettant à payer pour sa part, ce benefice s'étend & se communique à tous les autres, envers lesquels l'on presume que le creancier n'a pas eu moins de bonne volonté qu'envers celuy qu'il a liberé de la solidité, aprés tout que le creancier en déchargeant l'un des obligez solidairement, il oste à chacun des autres coobligez le recours solidaire qu'il auroit sa portion déduite sur celuy que l'on a déchargé, en prenant cession des actions du creancier, & laquelle cession il ne pourroit donner contre celuy qu'il auroit liberé, aussi la Loy *si creditores* le decide expressement de la sorte, & la reception que le creancier fait de la part de l'un des obligez, induit un pact tacite de ne demander pareillement à chacun des autres coobligez que leur portion, & c'est par cette raison que cette Loy a esté mise sous le titre *de pactis*.

Bacquet des Droits de Justice, c. 21. n. 246. témoigne que cette derniere opinion est suivie à Paris, *tam in simplici debito, quàm annuo*, & que pour les arrerages de la rente, en cas que le creancier d'une rente solidairement constituée par plusieurs, ait reçû de l'un des debiteurs durant quelques années sa part & portion des arrerages, & que cela soit porté par les quittances, toutefois en consequence de cette reception d'arrerages la rente ne seroit pas divisée, & les arrerages qui en seroient dûs à l'avenir ne seroient pas pareillement divisez, *quia principale non debet regi ab accessorio. l. cùm tale. §. si post divisionem. D. de pact.*

La poursuite que le creancier feroit contre l'un des coobligez solidairement pour sa part seulement, n'induiroit pas une division de la dette, & ne priveroit pas le creancier de demander solidairement le tout à chacun des coobligez, & mesme à celuy que l'on n'auroit d'abord poursuivi que pour une partie, & il luy seroit permis d'augmenter sa demande; *quid ergo si ab altero partem petierit? liberum erit ei ab alterutro reliquum petere. l. si ex toto. 8. §. 1. D. de leg. 1.* Bacquet des Droits de Justice, c. 2. n. 24. estime que cela n'a lieu qu'avant la Sentence, & qu'aprés la condamnation le creancier n'est plus recevable à demander au condamné que sa portion, s'il avoit poursuivi tous les coobligez & qu'il ne leur eust demandé que leurs portions,

qu'aprés contestation en cause, la dette seroit divisée, suivant la *l. liberum. C. de fidejuss.*

Le fidejusseur peut aussi quelquefois avoir des exceptions contre le creancier, suivant la *l. omnes de exceptis. ff.* & la *l. ex personâ de fidejuss.* dit, que *ex personâ rei caterisque accessionibus competere potest.*

Il faut neanmoins remarquer que ces Loix n'établissent pas cette decision generale, que toutes les exceptions qui peuvent estre proposées par le debiteur puissent aussi servir à sa caution; autrement elles seroient contraires à plusieurs autres Loix; cependant quelques efforts que fassent les Interpretes du Droit pour concilier les Loix qui traittent de cette matiere, il est certain qu'il s'y trouve une contradiction manifeste: & c'est pourquoy Monsieur d'Argentré Art. 464. Gl. 1. qui n'a pas une veneration aveugle pour cette Jurisprudence, & qui ne perd aucune occasion de faire connoistre ou qu'elle est injuste en plusieurs choses, ou qu'elle abonde trop en formalitez inutiles, ou en des subtilitez qui s'éloignent de l'équité, n'a pas manqué de découvrir la contradiction qui se rencontre sur ce sujet, & que toutes les distinctions des Interpretes sont frivoles.

Pour sçavoir suivant le Droit Romain, & mesme suivant nostre usage, quand & comment la liberation du principal obligé peut s'estendre à sa caution, il faut remarquer qu'il y a deux especes de liberation; l'une qui se fait par une veritable, actuelle & irrevocable solution de la chose dûë, & en ce cas cette maxime est generalement vraye, que *liberato reo liberatur & fidejussor*; l'autre espece de liberation se fait par une exception legitime que la Loy nous accorde, quand nous avons fait ou promis quelque chose contre sa teneur ou sa prohibition.

Le debiteur estant liberé la caution l'est aussi.

Ces exceptions procedent ordinairement de deux causes, ou de la chose, ou de la personne; pour la chose, lors qu'elle ne tombe point dans le commerce, ou que l'alienation en est défenduë, ou que la cause de cette alienation est honteuse & contre les bonnes mœurs & l'honnesteté publique: en tous ces cas on tâche inutilement d'en assurer l'alienation par des cautions, car les causes de la prohibition estant publiques, le Contrat ne peut valoir contre le principal obligé ni contre ses cautions, *nam*

cùm lex venditionibus occurrere voluerit, nec fidejussor quoque tenetur. l. 4. D. de fidejussor.

L'exception qui procede de la personne est plus difficile, & c'est sur ce point que le Droit Romain est confus, & que ses Interpretes sont fort embarrassez pour en sauver les antinomies.

Il paroît juste que quand l'obligation ne peut valoir contre le principal obligé, elle ne puisse aussi subsister contre sa caution, l'accessoire ne pouvant estre sans principal. *l. cùm principalis de Reg. jur.* & par la *l. ex personâ ff. de fidejuss.* l'exception fondée sur la personne, *competit fidejussori etiam invito reo.* En effet, puisque l'incapacité du principal obligé rend l'obligation nulle, c'est en vain que l'on fait intervenir une caution, puis qu'en consequence de la nullité de l'obligation, il ne reste aucun sujet où le cautionnement puisse servir d'accessoire.

Mais les Jurisconsultes Romains ont fait en cet endroit des distinctions embarrassantes & contradictoires : ils enseignent que les exceptions pures personnelles, *quæ personæ cohærent*, ne s'estendent point aux fidejusseurs, & par cette raison la restitution du mineur ne profite point à sa caution. *C. de fidejuss. Min.* si elle n'est fondée sur le dol ou la fraude du creancier, le fidejusseur de celuy qui a fait cession n'est pas déchargé envers le creancier. *Inst. §. ult. de replicat.* & par la Loy 53. *ff. de fidejuss. capitis rei postulati fidejussores citra ullam præscriptionem à creditore qui reum post celavit rectè conveniuntur :* le creancier qui accuse son debiteur d'un crime capital, peut neanmoins poursuivre la caution ; car encore que le debiteur puisse opposer à son creancier qu'il a mauvaise grace d'exiger le payement de ce qu'il luy doit, dans le mesme temps qu'il le poursuit criminellement pour faire confisquer tous ses biens, neanmoins la caution ne peut alleguer cette défense, *quia de suo capite non periclitatur, hoc est,* dit Monsieur Cujas, *in Comment. ad lib. 15. respons. Papin. ad l. 53. singulare responsum Papiniani*, & toutefois ces mesmes Jurisconsultes renversant ces principes veulent que l'exception du Senatus Consulte Macedonien, en faveur du fils de famille soit utile à son fidejusseur. *l. sed si paterfamilias. §. non solum ad Senat. Consult. Maced.* & que le fidejusseur de la femme qui a cautionné contre la prohibition du Senatus Consulte Vellejan, soit pa-

reillement déchargé. *l. si mulier. §. ult. ad Senat. Consult. Velleianum. ff.* quoy que ces Senatus Consultes ayent pour leur fondement la faveur personnelle des femmes & des enfans de famille.

L'on peut répondre toutefois qu'encore que le Vellejan soit introduit en faveur des femmes, & que par consequent l'exception en soit personnelle ; neanmoins parce que l'obligation est nulle, & que *totam obligationem Senatus improbat*, l'exception du Vellejan concerne aussi l'obligation, & par cette raison n'estant pas purement personnelle, elle doit profiter au fidejusseur.

La mesme raison doit estre appliquée au Senatusconsulte Macedonien, car reprouvant le prest fait au fils de famille, il rend l'obligation nulle, & en ce faisant la fidejussion qui en est l'accessoire peut subsister.

La contradiction est encore plus apparente dans la *l. 6. is cui bonis de verb. oblig.* & la *l. Marcellus. 26. de fidejuss.* quoy que ces deux Loix soient d'Ulpien, ce Jurisconsulte neanmoins dans la premiere, répond que celuy qui est interdit de disposer de ses biens & le prodigue ne peuvent s'obliger, & que pour cette raison l'intervention du fidejusseur est nulle, *ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit* ; Et au contraire dans la *l. Marcellus*, il decide que celuy qui a cautionné le pupille sans l'autorité de son Tuteur, le prodigue ou le furieux ne peut estre déchargé de son cautionnement, *magis est ut ei non subveniatur.*

Des obligations, l'une naturelle, & l'autre civile.

Les Interpretes ont eu recours à diverses distinctions pour accorder Ulpien avec luy-mesme. Ils ont formé de deux sortes d'obligations, l'une naturelle & l'autre civile, & en consequence ils ont raisonné de cette maniere, que les obligations des impuberes & des enfans estoient absolument nulles, parce que ne pouvant avoir de volonté ni donner de consentement, ils ne pouvoient s'obliger naturellement ni civilement. Il n'en estoit pas de mesme pour les puberes mineurs, bien qu'ils fussent restituez contre leur fait, & déchargez de l'obligation civile, la naturelle subsistoit encore, & par consequent celle du fidejusseur restoit en sa force, *ubicumque reus ita liberatur à creditore ut naturâ debitum maneat, tenetur fidejussor. l. ubicumque 60. de fidejuss.*

C'est aussi de cette maniere que la Glose explique la *l. Marcellus*, que *naturaliter obligantur pupilli & adulti curatorem habentes sine curatore vel tutore contrahentes* : La solution de Monsieur Cujas sur cette mesme Loy, me semble plus solide, que *pro pupillo, furioso, prodigo jure obligatis, puta ex delicto vel quasi ex contractu fidejussor tenetur. l. 70. §. si à furioso. D. eod. pro eis verò non obligatis fidejussor non tenetur.*

Bien que cette distinction d'obligations naturelles & civiles soit inconnuë dans nôtre usage ; & nonobstant le sentiment de Monsieur d'Argentré, qui vouloit que l'obligation fidejussoire ne pûst subsister en aucune maniere, quand l'obligation principale estoit annullée ; nous n'avons pas laissé de suivre la disposition du Droit Romain, & nous tenons que la restitution du mineur ne profite point à sa caution, ni mesme celle de la femme qui a cautionné à son fidejusseur ; la raison est que celuy qui cautionne un mineur ou une femme dont il connoît la qualité, est presumé s'obliger seul & se charger de l'évenement de toute l'obligation ; ainsi il n'a point sujet de se plaindre, puisque n'ignorant point l'incapacité du mineur, il a dû prevoir qu'il prenoit sur soy toute la charge, & d'autre part le creancier qui connoissoit le peu de seureté qu'il avoit de traitter avec un mineur, & qui n'a consideré que la caution comme une personne capable de s'obliger, ne doit pas estre trompé sur cette bonne foy.

La caution d'une femme & d'un mineur, quoy que tous deux soient restituables, demeure obligée.

CHAPITRE V.

De l'Action qui peut competer à la Caution contre le Principal obligé.

LE fidejusseur peut poursuivre le principal obligé en deux temps differens, avant que d'avoir payé pour luy ou aprés qu'il a acquité la dette.

Le fidejusseur peut demander sa décharge en plusieurs cas, dont je remarqueray seulement les principaux & les plus ordi-

naires, si depuis le cautionnement le debiteur principal dissipe ses biens & fait un mauvais ménage.

Quand la caution peut demander sa décharge.

Je ne serois pas neanmoins du sentiment de quelques Docteurs, qui estiment que si ce mauvais ménage avoit commencé avant le cautionnement, quoy qu'il continuast par aprés, que le fidejusseur ne pourroit agir pour sa décharge, parce qu'il ne seroit rien arrivé de nouveau: mais la continuation de la dissipation ne suffit-elle pas pour donner sujet à la caution de se plaindre? *Neque enim denegandum est auxilium his qui justè deprecantur. l. 2. D. de his qui sunt sui, vel alieni jur.*

Sur cela l'on fait cette question, si la caution au lieu de poursuivre le debiteur pour se faire liberer, denonçoit au creancier la mauvaise conduite de son debiteur, & le sommoit de se faire payer, ou de se saisir de ses biens & effets avant qu'il les eust dissipez, le creancier negligeant de le faire, pourroit par aprés inquieter la caution, sur tout si les facultez du principal obligé ne consistoient qu'en effets mobiliers, qui se pouvoient dissiper aisément, & si la caution pourroit accuser le creancier de dol s'il ne le faisoit? Le Jurisconsulte *Scævola*, répond qu'il ne le pourroit pas, *quia non videtur dolo facere qui jure suo utitur. l. si fidejussor. 62. D. de fidejuss.* Cela seroit sans difficulté à l'égard des rentes constituées, car le creancier n'en pouvant demander le rachat, la caution l'interpelleroit inutilement de s'en faire payer; cette question donc ne pourroit arriver que pour les arrerages ou pour des dettes mobiliaires: mais en ce cas on peut dire encore que la caution pouvant elle-mesme travailler pour sa seureté, il n'a pas lieu de contraindre son creancier à le faire pour luy.

Les Docteurs neanmoins apportent cette restriction à la réponse de *Scævola*, qu'elle ne doit estre suivie que pour la caution pure & simple, mais si le cautionnement avoit esté fait en ces termes, *in id quod à debitore servari non possit*, qu'en ce cas le creancier seroit obligé de saisir les biens de son debiteur s'il en estoit interpellé par la caution. *Accurs. Bart. & Paulus Castr. in d. l. Si fidejussor, ne malitiis hominum indulgeatur.*

Comment la caution demeure obligée.

On forme encore cette autre question, si aprés l'obligation contractée, mais avant que l'argent soit payé, la caution denonce au creancier qu'il n'ait point à le bailler, parce qu'il a dé-

couvert que le debiteur est insolvable, la caution ne sera pas déchargée si le creancier baille son argent, nonobstant l'avertissement qui luy a esté donné? Le creancier à mon avis n'a pû payer qu'à ses risques & n'a pû engager la caution, sur tout s'il estoit en son pouvoir de n'executer pas le Contrat, *quia promissio de mutuando ante numerationem non constituit obligationem.*

Le second cas où le fidejusseur peut contraindre le principal obligé de le décharger est, lors qu'il y a du temps que le cautionnement dure, *si diu in obligatione remansit.* On ne convient pas combien de temps il faut que l'obligation ait subsisté pour donner ouverture à l'action du fidejusseur pour demander sa décharge; plusieurs estiment qu'il ne peut estre plus long de dix années: mais la plus commune opinion est, que cela doit estre remis à la prudence du Juge, qui peut accourcir ou prolonger le delay selon les circonstances particulieres du fait. Voyez Guy Papé, Quest. 117. & les Notes de Ranchin.

Quand la caution peut se faire décharger.

Si neanmoins le cautionnement avoit trait à un certain temps, le fidejusseur ne pourroit demander sa liberation sur le pretexte du temps qui se seroit écoulé depuis son cautionnement: par exemple, la caution d'un Tuteur ne pourroit pas demander qu'on eust à la décharger, à cause que cette Tutelle auroit duré plus de dix années, car il n'a pû ignorer le temps de sa durée, & qu'elle continueroit jusqu'à la majorité du mineur; celuy qui demeure garand d'une eviction demeure toûjours engagé tant que l'acheteur peut estre depossedé.

Il en seroit de mesme de la caution baillée par un mary pour la sûreté & la repetition des deniers dotaux de la femme aprés la dissolution du mariage, car le fidejusseur ne se peut plaindre que le mary le laisse trop long-temps engagé, parce que le mary n'est pas tenu de rendre la dot durant son mariage, quoy qu'il puisse durer 40. & 50. ans, & mesme cela pourroit recevoir une exception si le Tuteur, le vendeur ou le mary faisoient un si mauvais ménage & une telle dissipation de leurs biens, qu'un fidejusseur fust en danger d'une perte évidente, il seroit juste en ce cas de les obliger à donner d'autres cautions en leur place.

Il ne faut pas mettre en ce nombre le fidejusseur d'une rente qui peut forcer le debiteur à la racheter, & c'est proprement

en ce cas que l'action du fidejusseur est recevable ; lors que le cautionnement a subsisté quelque temps, il a interest de se faire liberer, & il n'est pas juste qu'il demeure toûjours engagé.

La caution peut agir contre le principal debiteur pour obtenir sa décharge, aussi-tost qu'elle a esté condamnée à payer la dette pour laquelle le cautionnement a esté fait, & bien qu'on luy ait donné temps de satisfaire & d'executer la condamnation contr'elle jugée, elle peut prevenir ce delay. *l. fidejussor pro venditore. 45. D. de fidejuss.*

Quand la caution peut poursuivre la recompense.

La caution qui a payé & acquité peut en poursuivre la recompense contre le debiteur, *per se solutionem. C. mand.* & il peut le faire par deux voyes *actione mandati vel actione negotiorum gestorum*, & l'hypotheque luy en est acquise du jour que l'acte du cautionnement a esté passé devant des personnes publiques. Si le cautionnement n'a esté fait que depuis l'obligation principale, le fidejusseur ne viendra en l'hypotheque du jour de l'obligation principale ; si lors du payement il n'a stipulé une subrogation ; car autrement il ne succede point de plein droit au creancier, & il ne peut exercer ses actions qu'en vertu d'une subrogation, cessant quoy il doit s'arrester à l'hypotheque qui luy est acquise par l'acte de cautionnement : Mais si la caution demande au creancier la cession d'actions & la subrogation, il ne peut la luy refuser. l. Papinien. *D. mandati, vel contra. D.* Et bien que le debiteur eust payé le creancier, si toutefois il ne l'a pas notifié à sa caution il ne laissera pas de luy rendre ce qu'il a déboursé pour luy : *Cognoscendum est enim ei si non divinavit debitorem solvisse ; ne fortè creditor obrepat & ignorantiam ejus circumveniat, & excutiat ei summam in quam fidejussit. l. si fidejussor. 24. §. Si cum debitor. D. mand.* Il a esté du devoir de l'obligé de declarer à sa caution qu'il estoit quitte, autrement il a eu une juste cause d'ignorer ce qu'il avoit fait, sauf au debiteur à repeter du creancier ce qu'il a reçû ; & il n'est pas necessaire pour excuser le fidejusseur qu'il ait esté condamné de payer ; car quoy que le creancier n'eust fait aucune poursuite contre luy, neanmoins il a pû le prevenir pour éviter les frais & chercher sa décharge, comme il est decidé en la *l. idemque. 10. §. fidejussores. D. mand. fidejussores & mandatores etiamsi sine*

judicio

judicio solverint habent actionem mandati. Mais lorsque la caution a payé elle doit le denoncer au debiteur, autrement ne l'ayant pas fait, si ce debiteur fait un second payement de la mesme dette, la caution ne luy peut rien demander. *Dolo enim proximum si post solutionem non nuntiaverit. l. fidejussor. 29. §. hoc idem.*

Quand la caution a payé, elle doit le denoncer au debiteur.

Mais si le principal obligé avoit eu quelque exception, & s'il avoit pû se défendre de la demande du creancier, seroit-il juste qu'il en fust privé par le payement precipité que la caution auroit fait, & sans l'y avoir appellé? La Glose sur la *l. si fidejussor. 29. §. in omnibus. D. mand.* a traité cette question, & elle la résout par ces distinctions, si le fidejusseur avoit de son chef quelque exception qui ne fust pas honneste & de bonne foy, on ne luy pourroit reprocher de l'avoir negligée. *l. idemque 10. §. generaliter. D. mand.* Que si l'exception estoit juste, comme par exemple, si le creancier avoit promis de ne rien demander ni au principal obligé ni à sa caution, le principal obligé pourroit opposer à sa caution l'exception de dol. *l. 25. §. 1. & 26. D. de pact. & D. l. idemque. §. generaliter.*

Si l'exception ne pouvoit servir qu'à la caution & non au principal obligé, comme si la dette estoit prescrite à son égard & qu'elle ne le fust pas à l'égard du principal obligé, il a pû negliger cette défence par un principe de bonne foy, *quamquam enim jam liberatus solvit, tamen fidem implevit & debitorem liberavit. l. si fidejussor. 24. §. ult. D. mand.*

Enfin l'on considere la qualité de l'exception, si elle étoit seulement dilatoire, c'est à dire qu'il y eust un terme & que la caution eust anticipé le delay, il ne pourroit agir contre le debiteur avant l'expiration du terme, mais aprés cela il le pourroit contraindre à le rembourser; *l. si mandavero. 22. D. mand.* Mais si l'exception que le debiteur pouvoit proposer étoit peremptoire & perpetuelle & que vray semblablement le fidejusseur ne la pust ignorer, il n'a point de recours que si l'exception procedoit de quelque subtilité de Droit, la caution ne peut estre accusée de fraude pour l'avoir obmise, *de bona enim fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare. D. l. si fidejussor. §. 4.*

Quelques-uns ont douté si le fidejusseur pourroit stipuler valablement que le principal obligé seroit tenu de le liberer dans un certain temps? Ils se fondoient sur ces raisons qu'il est

de l'essence de ces rentes constituées à prix d'argent qu'elles soient perpetuellement rachetables, & que si l'on approuvoit ces sortes de stipulations, ce seroit ouvrir la porte aux fraudes & faciliter les moyens de rendre toutes les rentes rachetables, les creanciers fourniroient eux-mêmes des cautions à leur devotion, sous le nom desquels ils obligeroient les debiteurs à faire le rachat des rentes dont ils seroient redevables.

Mais on répond que si les cautions ne pouvoient pas stipuler leur liberation aprés un certain temps, ce seroit oster le moyen de trouver des cautions, ce qui seroit plus desavantageux qu'utile à ceux qui ont besoin d'argent, qu'il est vray que celuy qui se constituë en rente ne peut estre forcé à la racheter, mais cela n'a lieu qu'à l'égard du creancier, & non du fidejusseur, du côté duquel il suffit que le debiteur reçoive ce secours & ce bon office, que moyennant son intervention il puisse se servir de l'argent, sans estre forcé de le rendre: *Sufficit ut beneficio fidejussionis sit adjutus non deceptus. Molin. de usur. q. 36. n. 248. &*

Si sa caution a pris du creancier une cession de la rente, si elle peut forcer le debiteur à la racheter.

Du Moulin traite cette question, si le fidejusseur qui auroit pris du creancier une cession de la rente aprés en avoir receu les arrerages, pourroit forcer le debiteur à la racheter, & en attendant le rachat continuer à se faire payer des arrerages? Il semble que cela se peut, car le debiteur n'en souffre aucun prejudice, il luy doit estre indifferent s'il paye les arrerages au creancier, ou à la caution qui a ses droits: Mais du Moulin estime que cela ne se peut, parce qu'il est impossible que la rente ait son cours, & que le debiteur puisse estre contraint de la racheter, *eo ipso quod fidejussor factus est creditor quocumque titulo, sive universali, sive particulari, sive lucrativo, sive oneroso, & eo ipso quod jure creditoris fœneratitii vult uti, & sic pensiones percipere, sese vicissim obligat, ut debitor perpetuò quamdiu volet sortem habeat. De usur. quæst. 29.*

S'il arrivoit que ce fidejusseur vendist sa rente à un autre, pourroit-il forcer le debiteur à la racheter & à le liberer de son cautionnement? Le mesme Auteur répond que l'obligation fidejussoire a esté entierement esteinte par la confusion qui s'est faite des droits de creancier & de la caution, & que par consequent elle ne peut plus revivre.

Mais si le fidejusseur avoit esté évincé de la rente, en ce cas

s'il estoit poursuivi pour le payement des arrerages, *confusione medii temporis restituendæ essent*, & l'action fidejussoire commenceroit à renaistre. *Mol. ibid.* Que si le fidejusseur vouloit plûtost que la rente fust rachetée, & que pour cet effet il offrît de rendre les arrerages qu'il avoit reçûs, son action seroit juste, parce qu'il est toûjours recevable à demander sa liberation.

Quoy que lors qu'il y a plusieurs cautions d'un mesme debiteur, celle qui a payé seule le creancier ne puisse pas sans avoir pris cession d'actions du creancier repeter de ses cofidejusseurs ce qu'elle a payé pour leur part, parce que les cautions ne contractent pas entr'elles mesmes, neanmoins cette caution n'a pas besoin d'une cession d'actions du creancier pour repeter tout ce qu'elle a payé pour luy, car la caution ne contracte pas seulement avec le creancier, mais aussi avec le debiteur qui promet de l'indemniser de son cautionnement, & par cette raison la cession d'actions ne luy est pas necessaire, puisque par son propre droit elle a une action pour repeter du debiteur ce qu'elle a payé pour luy. ℨ. *si quid autem. 6. Instit. de fidejuss.* Despesses des Cautions, p. 2. t. 2.

La caution peut repeter du debiteur ce qu'elle a payé pour luy.

Le debiteur doit restituer à son fidejusseur non seulement la somme principale, mais tous les frais faits & qu'il a faits en consequence de son cautionnement, *l. qui proprio.* ℨ. *aliter. D. de procur. l. idemque.* ℨ. *fidejussor. D. mand. l. post solutionem. C. mand.* & suivant cette derniere Loy, la caution peut repeter tout ce qu'elle a payé, sans distinguer si le payement a esté fait pour le principal ou pour les interests, car à l'égard de la caution les interests luy tiennent lieu de principal. Dans la *l. fidejuss. 52. D. mand.* l'on traite cette question, si quelqu'un estoit intervenu caution pour celuy qui s'obligeoit de payer à un autre une certaine quantité de bled, sans faire mention du prix ni de la bonté dudit bled, avoit neanmoins baillé du meilleur, pourroit-il contraindre le debiteur à luy en rendre de pareille qualité, ou à luy en payer la valeur? Le Jurisconsulte répond, que non, *aliud triticum à reo repetere poterit quàm quo pessimo tritico liberare se à stipulatore licuit*; la raison est qu'il pouvoit s'acquiter & le principal debiteur en baillant du bled, quoy que ce ne fust pas le meilleur, *fidejussor si sine adjectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit quodlibet dando, reum liberare potest*,

puis donc qu'il pouvoit s'acquiter à meilleur marché, il n'a pas dû faire prejudice au debiteur.

La caution ne repeteroit pas les interests qu'elle auroit payez, si l'obligé pretendoit n'en devoir point & s'il avoit lieu de s'en défendre, ou s'il n'y avoit pas encore esté condamné, comme il est decidé en la *l. Quintus Mutius. 48. D. mand. parum enim fideliter facit fidejussor quod potestatem eximere reo videtur suo jure uti:* Le Jurisconsulte en cette mesme Loy propose cette espece, sçavoir si nonobstant le contredit du debiteur, le fidejusseur ne se pouvoit exempter de payer les interests sans faire tort à sa reputation & à son honneur s'il pouvoit les repeter; & il répond qu'il pourra les repeter par cette raison, que *non oportet esse noxiæ fidejussori si ipse pepercisset pudori suo:* Les interests du capital payé par la caution ne sont dûs du jour du payement, car alors elle n'est considerée que comme simple creanciere, mais seulement depuis que le debiteur est en demeure, *D. l. post solutionem. C. mand.* c'est à dire depuis l'interpellation judiciaire.

L'on ne doute pas que les arrerages d'une rente qui ont esté avancez par le fidejusseur n'ayent la mesme hypotheque que l'obligation principale, mais il reste cette difficulté que comme il est raisonnable qu'il ait recompense des deniers qu'il a avancez, si les interests de ces deniers là ou les interests des arrerages qu'il a payez ont aussi la mesme hypotheque? Cette question a esté decidée par le Reglement de 1666. Articles 149. & 150. & la Cour a fait cette distinction, que les interests qui sont dûs pour le recours des arrerages payez par le plege ou par le coheritier ont hypotheque du jour du payement, s'il a payé sur la poursuite du creancier, laquelle poursuite il est tenu de faire sçavoir à l'obligé dans les six mois & en avoir acte en Justice, autrement lesdits interests n'ont hypotheque que du jour de l'action; mais les interests des arrerages que le plege a payez volontairement, ainsi que ceux qui sont adjugez pour le retardement d'une dette, n'ont hypotheque que du jour de la demande: Les Articles 149. & 150. ont bien reglé l'hypotheque des interests des arrerages payez par la caution; mais l'on n'a point decidé si ces interests estoient dûs du jour du payement ou seulement du jour de la demande? Par Arrest du Parlement

Les interests des arrerages de quand dûs à la caution, si elle les a payez.

de Paris raporté dans le 8. Tome du Journal du Palais, il a esté jugé que le coobligé qui a une indemnité ayant esté forcé en Justice de payer quelques arrerages de la rente, faute par l'autre coobligé d'y avoir satisfait, doit avoir les interests du jour du payement, quoy qu'il n'en ait fait aucune demande ; la raison est que celuy qui paye pour un autre fait cesser dés ce moment toutes les poursuites que l'on feroit contre le debiteur, tout ce qui est payé pour luy doit former un capital qui produit des interests.

Cela pourroit recevoir difficulté en Normandie ; car puis que suivant cet Article 149. du Réglement de 1666. les interests dûs pour le recours des arrerages payez par la caution, n'ont hypotheque que du jour des payemens s'ils ont esté faits sur la poursuite du creancier, si on ne les a fait sçavoir à l'obligé ; il semble que pour avoir aussi les interests des arrerages que l'on a payez sur la poursuite du creancier, il soit aussi necessaire d'en faire la demande au debiteur, & de luy dénoncer le payement qui a esté fait à sa décharge.

De quand les deniers payés par la cautiō ont interest.

L'on pouvoit dire toutefois que lors que le debiteur s'est obligé d'indemniser sa caution à peine de tous dépens, dommages & interests, ces interests des arrerages payez, comme aussi l'hypotheque de ces dommages & interests doit commencer du jour de l'obligation, puis qu'elle en est une suite & une dépendance ; & c'est aussi la Jurisprudence du Parlement de Paris, ce qui paroît d'autant plus équitable, que souvent ce recours des interests demeure inutile au creancier, lors qu'il n'a hypotheque pour iceluy que du jour du payement, parce que le principal obligé est devenu insolvable depuis sa premiere obligation ; mais comme en Normandie l'on n'adjuge que difficilement les interests, lors qu'ils ne sont point acquis en vertu d'un Contrat, l'on n'auroit de la peine à juger ces interests s'ils n'avoient pas esté demandez, comme l'on n'a pas trouvé à propos de faire remonter l'hypotheque des interests, jusqu'au jour de la premiere obligation, quoy que les interests des interests qui sont dûs au mineur prennent pied du jour de l'institution de tutelle.

Il y a certains cas où le fidejusseur n'a point d'action contre le debiteur, *si pro invito, si animo remunerandi fidejussit. l. si re-*

munerandi, §. *si possess. mandat.* s'il est intervenu pour une femme ou pour un mineur sans l'autorité d'un Tuteur, & plusieurs autres semblables, *de quibus vide Gregor. in Syntagm. part. 3. l. 24. c. 5.* le fidejusseur n'a point aussi d'action contre le debiteur qui a fait cession, car cette cession estant reçûë contre le creancier qui a presté son argent, la caution n'est pas plus favorable, & elle est moins à plaindre, parce qu'elle devoit estre mieux informée des facultez de celuy pour lequel elle s'engageoit, & c'est la Jurisprudence presque de tous les Parlemens de France, Despesses, des Cautions, part. 2. t. 3.

La caution n'a point d'action contre le debiteur qui a fait cession.

CHAPITRE VI.

De l'Action du Fidejusseur contre ses Cofidejusseurs.

APrés avoir parlé des benefices de discussion & de division qu'il est permis au fidejusseur d'opposer au creancier qui le poursuit pour le payement de sa dette, il reste d'expliquer cette troisiéme grace que le Droit Civil accorde aux fidejusseurs, *beneficium cedendarum actionum.*

La caution qui acquite la dette peut demander au creancier qu'il luy cede ses actions personnelles & hypothecaires. *Creditori qui pro eodem debito, & pignora & fidejussorem accepit, licet si malit fidejussorem convenire, quod cum facit, debet jus pignorum in eum transferre.*

Cette action procede plûtost de l'équité de la Loy que de la nature du Contrat. *l. mulier. D. qui pot. in pign.* la cession d'actions n'est pas necessaire à l'égard du debiteur, mais elle l'est absolument lors qu'il y a plusieurs coobligez ou cofidejusseurs, car encore qu'un cofidejusseur paye la dette entiere, il n'a pas neanmoins aucune action contre ses cofidejusseurs ou coobligez, quoy qu'ils soient liberez par son moyen, la raison est qu'il a acquité la dette du principal obligé & non point la leur, ne s'étant pas obligé pour eux; *nam duo fidejussores sunt rei debendi, hoc*

est omnimodo singuli in solidium tenentur, etsi unus solidum solvat pro se solidum solvit non nomine fidejussoris, atque ideo non habet utilem actionem adversus cofidejussorem. Cujac. in Comment. ad l. Imperator. lib. 1. quæst. Papin. de sorte que s'il neglige de prendre une cession des droits du creancier il se doit accuser d'imprudence, c'est la décision expresse de la *l. fidejussor. 399. D. de fide.* & de la *l. cum alter. 11. C. eodem cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fidejussit non competit, potuisti enim cum fisco solveres desiderare ut jus pignoris quod habuit fiscus in te transferretur, & si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris.* Bacquet a dit la mesme chose des Droits de Just. c. 21. n. 228. ce qui n'a pas lieu seulement en faveur d'un creancier privilegié ou du fisc, mais aussi pour les particuliers, comme il est dit en cette mesme Loy. Or comme il estoit raisonnable de donner un recours à celui qui avoit payé pour ses cofidejusseurs, sur tout lors que le debiteur estoit insolvable ou d'une discussion difficile, l'on trouva ce remede de luy faire ceder par le creancier ses actions tant personnelles qu'hypothecaires.

Cela ne reçoit qu'une exception pour les cotuteurs, car si l'un d'eux paye tout ce qui est dû au pupille, il a une action utile contre le cotuteur pour la moitié, sans qu'il luy soit besoin de prendre aucune cession d'actions. *l. 1. §. & si fortè. 13. D. de tut. & rat. pot.* la raison est que *solvit pro eo, & nomine ejus*, & par la mesme raison le Magistrat qui avoit payé pour son collegue: *Æquum enim est ut à te recipiam quod pro te solvi, si fortè mihi non cesserit actionem is cui solvi pro te. Cujac. in comm. ad l. Imperator. lib. 1. quæst. Papin.*

De deux tuteurs si l'un paye entierement le pupille, il a la repetition sur l'autre.

Mais l'on demande si le creancier peut estre forcé à faire cette cession? L'affirmative est decidée par plusieurs Loix: *præstare debet creditor. actiones mandatori adversùs fidejussorem. l. Stichum. 95. §. si mandato. D. de solut.* & par la *l. fidejussorib. 17. de fidejuss. D. succurri solet ut stipulator compellatur ei qui paratus est solidum solvere, cedere cæterorum nomina:* que si le creancier refusoit de faire cette cession, on la feroit ordonner par le Juge. *l. in fraudem. §. qui pro alio. D. de jure fisci:* & cette sorte de cession ne laisse pas d'estre efficace contre les cofidejusseurs, quoy que le creancier ne soit tenu à aucune garantie.

Que si le creancier ne pouvoit par son propre fait ceder ses

actions, le fidejusseur auroit une exception valable, comme il est decidé en la *l. Stichum. 95. §. 11. creditor nihil à mandatore consequi debet, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere*, mais cette exception *cedendarum actionum* ne peut estre empéchée lors qu'elle procede de la nature de l'obligation; par exemple, si c'estoit contre une femme qui pourroit se défendre par le benefice du Vellejan, comme pour avoir cautionné avec une autre personne, car comme ce cofidejusseur ne pourroit pretendre aucune recompense contre la femme, cette cession que le creancier luy feroit ne luy pouvant servir contre la femme, il la demanderoit inutilement. De mesme si le debiteur avoit payé la moitié de la dette à condition que le creancier déchargeroit l'un des fidejusseurs, & qu'il ne pourroit l'inquieter pour le surplus, en ce cas le creancier se peut défendre de ceder ses actions contre l'autre fidejusseur, parce que la décharge qu'il luy a consentie a esté stipulée par le debiteur mesme, lequel a pû ménager & stipuler cette liberation en faveur de l'une de ses cautions, *si duos quis dederit fidejussores, potest ita solvere ut unum liberet, l. in his. 5. §. si duos. D. de solut.*

Quand le creancier se défend de ceder ses actions.

Le creancier peut aussi refuser cette cession d'actions, lors que la caution mesme a renoncé à la pouvoir demander, cette renonciation estant valable. *l. si quis in conscribendo. C. de pact.*

Quand deux cautions se sont obligées en divers temps, ce qui en arrive.

Que si deux cautions s'estoient obligées en divers temps, quoy que le creancier eust liberé la derniere, la premiere n'auroit pas sujet de s'en plaindre ni d'opposer au creancier qu'il n'est plus en estat de luy ceder ses actions, parce que cette caution s'estant obligée seule & sans avoir stipulé qu'il luy seroit donné un cofidejusseur, ne peut pas dire qu'elle n'estoit intervenuë que dans l'esperance de communiquer avec un cofidejusseur la perte qui pourroit arriver: mais si le creancier avoit remis ce cautionnement en faveur de celuy qui avoit cautionné le premier, cette exception seroit bonne en la bouche de la seconde, qui diroit avec apparence qu'elle ne seroit engagée que sur l'assurance d'avoir un coobligé.

Il est sans doute que le fidejusseur peut bien demander cette cession contre ses cofidejusseurs, lors qu'il offre le payement entier de la dette pour laquelle il est intervenu, & qu'il peut

contraindre

contraindre le creancier à luy délaisser les biens qui luy ont esté baillez par engagement ; il reste neanmoins cette difficulté, si pour obtenir ce délaissement il sera tenu d'acquiter les autres dettes anterieures du mesme creancier, & ausquelles ces mesmes biens estoient hypothequez. L'Empereur en la *l. 2. C. de fidejuss.* répond que *si in alia quoque causa creditor eadem pignora, vel hypothecas habeat obligatas, non prius compellendus est transferre pignora quàm omne debitum exolvatur :* la caution quoy qu'il acquite la dette pour laquelle elle est intervenuë, ne peut forcer le creancier à luy ceder ses actions ni à se départir des biens engagez qu'il ne l'ait remboursé de toutes ses dettes anterieures du cautionnement, mais elle ne sera tenuë de payer les dettes posterieures, non plus que les dettes sous signature privée, quoy qu'elles eussent une datte anterieure au Contrat du cautionnement. *l. unic. C. etiam ob chirographar. pecu.* & c'est aussi le sentiment de du Moulin, dans sa quest. 47. *de usur.*

La caution payant pour d'autres qui ont aussi cautionné peut demander les biens engagez.

Lors que la caution offre au creancier le payement entier de sa dette, il est tenu de luy ceder ses actions. *Fidejussoribus succurri solet ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina. l. fidejussorib. 17. D. de fidejuss.* cette cession neanmoins ne peut estre demandée que pour la part des autres & non pour celle du fidejusseur qui acquite la dette : sans cette cession d'actions le fidejusseur qui a payé entierement la dette ou une partie d'icelle, n'a aucune action de son chef ni recours contre ses cofidejusseurs, s'ils ne se sont rendus cautions l'un pour l'autre ; la raison est qu'il ne s'est point obligé pour eux ni pour leur interest, puisqu'ils n'ont rien profité de l'obligation. C'est la disposition de la Loy, *ut fidejussor. 39. de fidejuss.* & de la *l. cum alter. C. eod.* & du Paragraphe *si plures ; Instit. eod.* Il ne peut donc avoir son recours que contre le debiteur pour lequel il s'estoit obligé, & qui avoit reçû les deniers, Bacquet des Droits de Just. c. 21. n. 228. Il n'en est pas de mesme de ceux qui sont obligez solidairement & qui ont également profité de l'obligation, car ils sont tacitement obligez à se décharger & garantir l'un l'autre, parce qu'ils sont également debiteurs, *in quantum pecunia ad eos pervenit sunt rei debendi, & æquè principaliter obligati.*

Des cautions obligées solidairement.

Mais quoy que le cofidejusseur ne prenne point cession d'a-

ctions du creancier, il ne laiſſe pas d'avoir la meſme hypotheque que le creancier avoit ſur les biens du principal obligé, ce qui ſe fait par une tacite ſubrogation, ſuivant un Arreſt du Parlement de Toloſe, rapporté par Monſieur Mainard, l.2.c.49. où il dit que la Loy *Modeſtinus. D. de ſolut.* & les autres qu'on allegue au contraire, eſtoient plus fondées en ſubtilité qu'en raiſon & équité de Droit, & qu'elles ne pouvoient avoir lieu, que *in extraneo ſolvente pro alio*, & non *in reo ſolvendi in ſolidum.* C'eſt auſſi l'explication que du Moulin a donnée à cette Loy, *Modeſtinus in Lect. prima. Dolana ad dict. l. Modeſtinus. n. 19.* où il dit que cette Loy n'a lieu que, *in extraneo, vel amico, vel conſanguineo ſolvente pro alio; iſte enim cum ſit extraneus qui nullum cum creditore negotium geſſit, ideo nulla ei ceſſio debetur nec ante ſolutionem, nec in ipſa ſolutione, nec poſt ſolutionem:* De ſorte que quand un eſtranger paye purement & ſimplement, quoy que celuy pour lequel il a payé ſoit entierement liberé, neanmoins cette action à laquelle le debiteur eſtoit obligé envers le creancier ne luy eſt pas acquiſe; au contraire elle eſt abſolument eſteinte; de ſorte qu'il n'eſt plus au pouvoir du creancier de la faire revivre par une ceſſion poſterieure de ſes actions, laquelle ne peut avoir effet, comme il eſt decidé en la *l. nulla, C. de ſolut. nulla tibi adversùs creditorem alienum actio supereſt, eo quod ei debitam quantitatem offerens jus obligationis in te transferri deſideras, cum ab eo te nomen comparaſſe non ſuggeras*, & ſuivant cette diſtinction de du Moulin, cette Loy *Modeſtinus*, n'eſt point fondée ſur une ſubtilité, mais ſur l'équité. Ainſi toutesfois & quantes que celuy qui a payé eſt obligé à la dette, *ſive æquè principaliter, ſive acceſſoriè, ſive diſpariter, ſive impariter, tamen ex eo ipſo quod habet jus petendi ceſſionem actionum primitivarum, vel de hoc excipiendi, ſolvendo ſimpliciter cenſetur tacitè paciſci de omni alio jure ſuo reſervando ſine præjudicio juris ſui in aliis, id eſt, reſervato jure ceſſionis, & ſic ſemper ineſt tacitum pactum, cum hoc ſit de natura actus.* Papon, l. 11. t. 3. Arreſt 18. eſtimoit qu'il eſtoit plus ſeur de prendre une ceſſion d'actions, mais Monſieur d'Argentré ſoûtient que cela n'eſt point neceſſaire, *quare ſæpe nulla ratione tam ſophiſtici juris habita dedimus actiones fidejuſſoribus à confidejuſſoribus partem virilem petentibus ex æquo & bono vitato circuitu inutili, & nimium formulario, ad Art. 213. Conſuet. Brit. Gl. 2.* &

sur ces raisons lors de la réformation de sa Coûtume, il fit employer en l'Article 194. que si les pléges estoient solidairement obligez, & que l'un d'eux fût pris pour le tout, il auroit recours vers les autres pleges pour leur portion, sans avoir autre cession du creancier.

C'est une question ordinaire de sçavoir si le fidejusseur peut contraindre son cofidejusseur à contribuer au rachat de la rente à laquelle ils sont solidairement obligez ? Elle s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre le troisiéme Mars 1656. Monsieur Derbigny en vendant sa Charge de Lieutenant General au Pont-Levesque, obligea le sieur Mallet son resignataire de racheter dans six mois une rente de 400 livres, & pour sa seureté le Sr Mallet luy donna six cautions qui s'obligerent solidairement à faire ce rachat.

Aprés plusieurs années, la Dame de Rabut representant une des cautions, adjourna tous les coobligez pour les faire condamner à racheter conjointement cette rente ; l'un d'eux en ayant fait refus, Castel pour la Dame de Rabut, representoit l'insolvabilité du principal obligé, & le consentement de tous les autres coobligez qui avoient mesme déja consigné leurs portions, & la dissipation que celuy-là faisoit de ses biens, ce qui avoit donné lieu à la poursuite, que tous ces cofidejusseurs estoient *adinvicem correi debendi*, de sorte qu'ils peuvent agir l'un contre l'autre *actione utili*, qu'il en estoit de mesme des cofidejusseurs comme des coheritiers ; l'un d'eux peut contraindre l'autre à payer sa part, suivant la decision de *Celsus*, rapportée par Ulpien dans la *l. his consequenter. §. Celsus. D. fam. hercisc. coheredem, & si non solvit habere nihilominus familiæ herciscundæ judicium, ut cogatur hæres solvere, cum aliàs non sit liberaturus rem creditor, nisi in solidum ei satisfiat :* Les coheritiers pouvoient dire qu'ils estoient dans les termes de la *l. si pro ea. D. Mand. C. si ab initio obligationem ita suscepisti ut eum possis ante solutionem convenire, tunc ad solutionem agere potes :* car Monsieur Derbigny avoit expressement stipulé que le rachat des rentes seroit fait dans six mois ; le debiteur peut estre contraint par ces cautions de les décharger, quoy qu'il n'ait point esté stipulé de la sorte, suivant cette Loy *si pro ea*, mais plus expressement encore, suivant la *l. Lucius. D. mand.* quoy que le fidejusseur n'ait rien payé pour

luy; *non enim semper expectandum est ut solvat, si diu reus in solutionem cessavit, aut certè bona sua dilapidat*, ou comme dit cette Loy, *si pro ea justam metus causam præbebit*, & la raison estoit pareille entre les cofidejusseurs, *quia omnes rei debendi*. Heroüet pour Aleaume dit, qu'il n'estoit engagé par aucune obligation à faire le rachat de la rente, qu'ils n'avoient d'action contre luy que pour le faire contribuer aux arrerages, ce qu'il consentoit de faire; toutes les Loix qu'on avoit citées n'estoient que dans le cas du fidejusseur contre le principal obligé, mais le fidejusseur estoit sans action contre son cofidejusseur, *ut fidejussor adversùs cofidejussorem suum agat danda actio non est. l. 39. D. de fidejuss.* ils ne se sont point obligez les uns envers les autres, *non invicem fidejubent*, ils ont eu seulement cette intention de faire plaisir à leur amy chacun pour leur part: Par l'Arrest Aleaume fut condamné à faire le rachat dans trois mois; il y avoit obligation dans le Contrat de faire le rachat dans six mois, & Aleaume resistoit seul à l'execution de cette clause, tous les autres offrans leurs portions. Cet Arrest est conforme à ceux du Parlement de Paris, rapportez par Brodeau sur Monsieur Loüet, l. F. n.27. & par Charondas en ses Réponses. l.15. Resp. 44.

Autre Arrest pareil sur ce fait: Le nommé le Sauvage debiteur d'une rente estant devenu insolvable, le creancier s'adressa sur les Sieurs de Breteville & du Bois ses cautions, & ayant saisi quelques deniers appartenans au Sieur de Breteville, ledit Sieur de Breteville fit adjourner le Sieur du Bois pour le faire condamner à fournir pour sa part les deniers necessaires pour faire le rachat de la rente: le Sieur du Bois offrit de luy bailler du fonds; mais ayant vû que le Sieur de Breteville avoit fait le rachat de la rente, il soûtint qu'il n'étoit obligé qu'à la continuation de la rente pour sa portion, le Sieur de Breteville son cofidejusseur n'ayant pas d'action contre luy pour l'y contraindre, & l'ayant fait juger de la sorte; Sur l'appel du Sieur de Breteville, Regnaut son Avocat soûtenoit qu'un fidejusseur pouvoit obliger son cofidejusseur à contribuer au payement de la dette pour laquelle ils estoient intervenus cautions, qu'ils estoient tous deux *correi debendi*, que le principal obligé estant notoirement insolvable, il ne leur restoit aucune esperance de se pouvoir sauver. Maunourry répondoit pour le Sieur du Bois que par

le Droit Romain, le fidejusseur n'avoit point d'action contre son cofidejusseur, parce qu'il n'avoit pas acquité sa dette, mais celle d'un autre ; & si par la Jurisprudence des Arrests l'on avoit accordé ce recours par un principe d'équité, il ne falloit pas l'étendre trop loin pour faire violence au fidejusseur, qu'il estoit assez malheureux de payer pour un autre sans qu'on le forçast à vendre son bien pour faire un rachat à contre-temps, & auquel il ne pourroit estre contraint pour sa propre dette, à plus forte raison pour la dette d'autrui : Mornac sur la *l. his consequenter.* §. *Celsus. D. fam. ercis.* raporte un Arrest par lequel il a esté jugé qu'un coheritier ne pouvoit forcer son coheritier à racheter une rente de leur commune succession : En effet, il seroit fâcheux qu'un coheritier dés le moment qu'il trouveroit sa commodité, ou souvent par malice pûst contraindre son coheritier dans un temps où cela luy seroit impossible & fort incommode : Or il y a beaucoup moins de raison à l'égard d'un fidejusseur, parce que l'obligation d'acquiter les dettes d'une commune succession est mutuelle & necessaire ; mais elle est volontaire entre les fidejusseurs : par Arrest du cinquiéme Février 1683. la Sentence fut cassée, & le cofidejusseur condamné de contribuer au rachat de la rente.

Pour faire valoir cette cession d'actions, le coobligé qui fait le rachat d'une rente doit prendre garde en quels termes il le fait, car suivant le sentiment de Bacquet au même lieu, n. 233. si le Contrat commence par le payement du capital & des arrerages, & qu'en consequence le creancier consente que sa rente soit esteinte & amortie, en ce cas n'y ayant aucune cessions d'actions, le coobligé ne peut agir contre son garand que pour le principal & non pour les arrerages ; mais si le creancier fait d'abord cession & transport de ses droits, noms, raisons & actions, moyennant le payement qui luy est fait : *Tunc est potius nominis emptio quam solutio, quia pactum de actione cedenda præcessit solutionem.* De la cession d'actions.

Il sembloit dit le Jurisconsulte en la *l. cum is. 36. de fidejuss.* que le creancier qui avoit esté payé ne pouvoit plus ceder ses actions, puisqu'il n'en avoit plus, *poterat quidem dici jam nullas esse cum suum perceperit & perceptione omnes liberati sint.* Mais cela n'est pas veritable, parce que ce n'est pas un payement, mais

une vente qu'il fait de son droit, *non in solutum accepit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit, & ideo habet actiones, quia tenetur ad idipsum ut praestet actiones.*

CHAPITRE VII.

Comment les Actions qui naissent du cautionnement prennent fin.

L'obligation principale estant esteinte, la caution est déchargée.

J'Ay expliqué dans les Chapitres precedens comment les hypotheques cessent & prennent fin à l'égard du principal obligé ; il faut maintenant examiner les moyens par lesquels l'obligation fidejussoire finit & demeure esteinte.

Il est certain que l'obligation fidejussoire, & les actions qui en peuvent naistre ne subsistent plus, lors que l'obligation principale a cessé, & comme cette obligation principale peut prendre fin par plusieurs moyens, aussi la caution peut acquerir sa décharge par diverses manieres.

La dette estant payée, les cautions cessent.

La liberation la plus forte & la plus naturelle se fait par le payement de la dette, soit qu'il ait esté fait par le debiteur ou par ses cautions ; & sil y en a plusieurs, elles demeurent toutes déchargées de plein droit, dés le moment que la dette a esté acquitée, *l. amissi. 52. §. ult. de fidejuss.*

La prescription décharge la caution.

La caution acquiert aussi sa liberation par le laps du temps & par la prescription de l'obligation principale, & si le debiteur par erreur, & aprés qu'il estoit à couvert de la demande de son creancier par le moyen de la prescription, donnoit de nouveau une caution, ce cautionnement seroit nul, *quoniam*, dit la *l. erroris nulla fidejussio est. l. siquis postquam. D. 37. D. de fidejuss.*

La caution n'est plus obligée lors qu'elle change de volonté, les choses estant entieres, & qu'elle a declaré ne vouloir plus cautionner avant que le creancier ait baillé son argent, *l. siquis mancipiis. 17. §. Proculus. D. de Instit. act.*

La transaction par laquelle le debiteur est tenu quitte de la dette sert à ses cautions, *l. fidejussores. §. ult. De fidejuss.*

La novation de l'obligation principale faite par le creancier avec son debiteur seulement profite à la caution ; & c'est une novation lors que le debiteur s'oblige à une plus grande somme, en laquelle il comprend la premiere obligation, & qu'elle devient payable à d'autres termes, quoy que le creancier ait expressement stipulé que c'estoit sans novation de la premiere obligation. *Quoties res ipsa, & pretium mutatur, tunc videtur esse novus contractus. l. pacta conventa. §. Paulus. D. de contrah. empt.* Car la caution n'estant point intervenuë en cette seconde obligation, & cette protestation estant contraire à l'acte qui produit une novation, elle est entierement inutile. Charondas en ses Réponses, l. 7. c. 74. rapporte un Arrest du Parlement de Paris qui l'a jugé de la sorte.

La novation d'obligation sert à la caution.

Il se fait encore une novation, lors qu'au lieu d'une chose on en stipule une autre en l'absence de la caution qui ne s'estoit obligée qu'à une certaine chose, comme si au lieu de vin le creancier stipuloit qu'on luy payeroit du bled.

C'est une question agitée par les Docteurs, si la prorogation du terme de payement induit une novation à l'égard du fidejusseur, lors qu'elle a esté faite en son absence ? Par exemple, l'obligation en laquelle la caution est intervenuë estoit payable à six mois, & le creancier aprés le terme échû, au lieu de se faire payer proroge le temps de payement en faveur du debiteur, & sans le consentement de la caution : Sur cela l'on demande si la caution est déchargée ? L'on fait cette distinction, où le fidejusseur ne s'est engagé que jusqu'à un certain temps ; si par exemple, il avoit stipulé que son cautionnement ne dureroit que jusqu'au jour de Noël, & qu'aprés ce terme expiré, le creancier eust accordé un nouveau terme de payement, il est certain qu'en ce cas la prorogation du terme donnée par le creancier ne perpetueroit point l'obligation du fidejusseur, s'il n'avoit expressement consenti à cette prorogation, & toutes les protestations que le creancier feroit au contraire seroient inutiles, *nam limitata causa limitatum producit effectum. l. agros. D. de termino. mot.* Ainsi celuy qui est caution d'un bail pour cinq années, n'est pas obligé à la prorogation du bail que le proprietaire en a faite. *l. si cum Hermes. C. locati.*

La prorogation du creancier ne s'étend point sur la caution.

Que si le cautionnement est indefini, & sans aucune limita-

tion de temps, la caution n'est point liberée par la prorogation du terme de payement que le creancier donne à son debiteur: la Coûtume de Bretagne Article 208. pour faire cesser l'obligation du fidejusseur, desire ces deux conditions, que le creancier donne terme au debiteur, & qu'il se fasse un nouveau Contrat; *Hoc ipsum conjunctivè requiritur, ut fiat novatio obligationis, idest ut à priore discedatur & nova fiat, sive rei mutatione, sive persona obligatæ: hoc enim casu extincta priore, fidejussoria quoque fatiscit. l. novatione. C. de novat.* Argent. *ad dictum Art.* Ranchin. *ad quæst. 117.* Guido Pap. La raison pour laquelle le fidejusseur n'est point liberé par la prorogation du terme du payement, est que le cautionnement ne finit pas lors que le terme du payement est échû, & par la prolongation que le creancier en fait, il n'est pas reputé se départir de sa premiere obligation, parce que cela ne se fait pas *novandæ obligationis causa, sed causa differendæ solutionis,* le temps n'a pas esté employé en l'obligation du fidejusseur pour la faire finir aprés iceluy, mais pour en differer l'execution: *l. sed si manente. D. precario.* Charondas en ses Pand. l. 4. c. 16.

C'est encore une question, si lors que le creancier a negligé de se faire payer, ou qu'aprés avoir commencé des executions sur les biens de son debiteur il les a depuis abandonnées, peut poursuivre la caution pour estre payé? Coquille sur la Coûtume de Nivernois, Tit. des Execut. Art. 10. a tenu indistinctement, que si le creancier est negligent de poursuivre son principal debiteur, & qu'il soit devenu insolvable, le fidejusseur estant poursuivy se défendra par exception pour n'en estre tenu, non seulement quand ce fidejusseur a sa fidejussion limitée, qui est le cas de la Loy, *si fidejussores. D. de fidejuss.* mais aussi quand le fidejusseur a simplement cautionné.

L'opinion de Coquille est contraire aux maximes du Droit Romain, qui font difference entre celuy qui s'est rendu caution en cas d'insolvabilité du debiteur principal, & celuy qui n'est que fidejusseur pur & simple: Au premier cas, la negligence du creancier qui n'a pas fait ses poursuites en temps & lieu contre son debiteur met le fidejusseur à couvert, parce qu'il ne s'est rendu responsable que de l'insolvabilité, *quanto minus à debitore consequeretur*; & c'est la décision de la *l. si fidejussores 41. D. de fidejuss.* où le pupille n'ayant point poursuivy aprés sa majorité le fide-

jusseur

juſſeur qui eſtoit alors ſolvable, le Juriſconſulte répond, *non temerè utilem in fidejuſſores actionem competere.*

Mais quand le fidejuſſeur eſt pur & ſimple, c'eſt à luy à veiller & à prendre garde aux affaires de celuy qu'il a cautionné, & c'eſt le cas de la *l. ſi fidejuſſor. 62. D. de fidejuſſ.* où le Juriſconſulte répond, que le creancier ayant commencé d'executer le debiteur, quoy que par aprés il ceſſe ſes diligences pour convenir le fidejuſſeur, ce fidejuſſeur ne peut oppoſer au creancier ſa negligence, encore meſme qu'il luy euſt dénoncé qu'il euſt à ſe faire payer, *ſi fidejuſſor creditori denuntiaverit ut debitorem ad ſolvendam pecuniam compelleret, iſque ceſſaverit; an poſſit eum fidejuſſor doli mali exceptione ſummovere? Reſpondit non poſſe*, & la Gloſe ajoûte cette raiſon, que *non videtur dolo facere qui ſuo jure utitur.* Si toutefois l'on reprochoit au creancier que par dol & fraude il auroit laiſſé devenir inſolvable le debiteur, le fidejuſſeur auroit une juſte exception, mais la ſeule negligence ne peut eſtre qualifiée un dol. Boniface en ſon Recueil des Arreſts du Parlement de Provence, tom. 1. l. 4. tit. 20. c. 19. rapporte un Arreſt, par lequel une caution fut condamnée de payer, nonobſtant que le creancier euſt commencé des executions ſur le principal debiteur, & que depuis il les euſt negligées.

La Coûtume de Bretagne, Art. 192. decide le contraire, Monſieur d'Argentré lors de la réformation de cette Coûtume, avertit les Eſtats que cet Article & celuy de l'ancienne Coûtume eſtoient contraires au Droit Romain, mais l'on n'y eut point d'égard.

Quoy que la condition des fidejuſſeurs ſoit favorable, la ſeule negligence du creancier n'eſt point un moyen ſuffiſant pour le décharger, puiſqu'ils ont pû prendre garde eux-meſmes que le debiteur ne devint inſolvable, & ſi le creancier eſtoit obligé de pourſuivre inceſſamment ſon debiteur, à faute dequoy en cas d'inſolvabilité la caution ſeroit liberée de plein droit, il ſeroit le plus ſouvent inutile de ſtipuler des cautions, parce qu'elles ne manqueroient jamais d'alleguer que le creancier n'auroit point fait ſes diligences en temps & lieu.

Toutesfois & quantes que le debiteur principal ſe trouve liberé par quelque exception qui ne luy eſt point perſonnelle, mais qui procede de la choſe, ſa caution ſe peut aider de cette exce-

ption : *l. omnes. 19. D. de except*, s'il estoit autrement elle deviendroit inutile au debiteur mesme, car ne pouvant profiter à sa caution, elle auroit son recours contre luy : Il faut neanmoins remarquer que mesme les exceptions personnelles du debiteur sont communicables au fidejusseur quand il a son recours contre le principal obligé, suivant l'opinion de Paul de Castre, *ad. l. ex persona. D. de fidejuss.*

Il arrive assez ordinairement qu'un debiteur aprés s'estre absenté & fait banqueroute compose avec ses creanciers & obtient d'eux la remise d'une partie de leurs dettes. Là-dessus l'on demande si le fidejusseur peut obliger le creancier envers lequel il est intervenu à executer le concordat que la plus grande partie des creanciers du debiteur commun ont fait, & s'il profite de la remise accordée au debiteur ? Le creancier peut dire que la remise qu'il a faite par contrainte & par necessité n'éteignoit pas si absolument l'obligation que le debiteur ne fût encore obligé en cas de meilleure fortune à payer ce qu'on luy avoit remis : Et en effet, cette clause est presque toûjours employée dans les atermoyemens. Or suivant la disposition du Droit Romain, *ubi cumque reus ita liberatur à creditore, ut natura debitum maneat, tenetur fidejussor*, qu'il s'estoit principalement assuré sur les facultez de la caution lors qu'il avoit presté son argent, & que par cette consideration l'ayant fait obliger solidairement, cette obligation demeuroit toute entiere ; nonobstant la cession de biens du principal obligé. Les raisons du fidejusseur sont que cette composition que les creanciers font avec leur debiteur, est un pact réel qui produit une exception valable & pertinente en faveur de la caution, *pacta in rem omnibus prosunt quorum obligationem dissolutam esse ejus interest qui paciscitur. l. & hered. ʒ. ult. D. de pact.* Ce seroit rendre nulle & inutile la composition faite avec le debiteur, parce que la caution auroit une action recursoire contre luy, & il pourroit le poursuivre pour le payement de la dette entiere. Et c'est pour empêcher ce circuit, & ce recours d'actions que l'on a jugé que ces sortes de conventions réelles profitent aux fidejusseurs ; toutefois & quantes que la caution a recours contre le principal obligé, la convention faite par le creancier avec luy sert à la caution, *d. l. cum, & hered. §. fin. fidejussor non tenetur in duriorem causam.*

Cette question a esté decidée en faveur des cautions par deux Arrests ; le premier donné au Parlement de Paris, raporté par Goujet en son Traité des Hypotheques quest. 52. & le second, du Parlement de Grenoble, raporté par Montelon Arrest 114. dans le 8. to. du Journal du Palais, pour les Lettres de Change, si le tireur vient à manquer, & qu'il se fasse un concordat entre les creanciers le porteur de la Lettre est tenu de s'arréter ou au tireur, ou à celuy qui l'a acceptée ; & lors que les creanciers sont forcez d'accorder des atermoyemens ils ne manquent pas d'y appeller leurs cautions.

Du Moulin a traité cette question, si le creancier ayant reçû de la caution une somme d'argent à condition de le liberer de son cautionnement, le debiteur pourroit l'obliger de luy en tenir compte, & de la luy déduire sur le principal, & il résout cette difficulté par cette distinction, que si le creancier à cause de la liberation qu'il a consentie se trouvoit en péril de perdre sa dette, il ne sera pas obligé d'en tenir compte au debiteur, s'étant mis au hazard de perdre sa dette; mais si le creancier n'avoit rien à craindre, le principal obligé estant tres-solvable, il ne seroit pas juste qu'il profitast de ce qu'il avoit receu sans aucune juste cause. *de usur. quæst. 34.*

Que si l'obligation avoit esté faite sans cause, le fidejusseur pourroit opposer la nullité d'icelle, quoy que le debiteur en consentist l'execution, parce qu'il est plus avantageux de ne payer point que de repeter. *l. & ideo. 3. D. de compens.*

Si par l'obligation l'on devoit payer une certaine chose ou une certaine espece de marchandise, & que depuis le creancier en l'absence de la caution acceptast de prendre une autre chose, ou une autre espece de marchandise, ce changement feroit-il une novation en faveur de la caution ? L'on fait encore cette distinction, ou la caution ne s'est obligée precisement qu'à la livraison de la chose contenue en l'obligation, & alors elle est déchargée par le changement que l'on a fait de la chose convenuë, si au contraire le fidejusseur a promis purement & simplement de satisfaire le creancier, le changement ne le libere point, & c'est l'opinion commune des Docteurs. Hyppol. de Marsyl. *de fidejuss. n. 89. & sequen.*

Quand la caution est déchargée par le changement de la chose.

C'est encore une question celebre, si l'hypotheque contractée sur des choses données prend fin, ou si les choses données sont déchargées de toutes hypotheques lors que la donation est revoquée par la survenance d'enfans ? L'on peut dire pour les creanciers, qu'il est bien vray que suivant la *l. lex vectigali. D. de pign. resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* : mais cela ne se peut entendre que d'une resolution absolument necessaire, & non de celle qui dépend en quelque sorte de la volonté, car bien que le donateur ait droit de revoquer, il peut neanmoins ne revoquer point.

L'on en trouve un exemple en la *l. si res. 3. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* si la vente avoit esté faite sous cette condition, si elle agréoit à l'acheteur, & que cependant cet acheteur eust hypothequé la chose qu'il avoit achetée, il ne pourroit pas resoudre la vente, sur ce pretexte que la chose ne luy plairoit point, pour faire perdre à son creancier l'hypotheque qu'il avoit sur icelle, *ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset pignus, finiri non puto* : les raisons sont qu'il ne doit estre au pouvoir d'un debiteur que l'hypotheque de ses biens subsiste ou ne subsiste pas : de sorte que la resolution du Contrat estant purement volontaire de la part de l'acheteur, elle ne détruit point l'hypotheque qu'il avoit contractée sur icelle, & bien que le droit de revoquer procede d'une cause antecedente & inherente à la donation, elle ne peut toutefois avoir un effet retroactif au prejudice des creanciers hypothecaires, & c'étoit l'opinion d'Albert sur la constitution de Constantin, *quantumvis enim resolutoria conditio ex eadem lege donationi subesse causa, non ideo reducitur donatio ad non causam omnibus actis.* L'on oppose au contraire que cette revocation se fait par une cause antecedente & necessaire, *quæ ipsi contractui inest*, & l'on presume qu'elles sont toûjours faites sous cette condition, *si donator liberos non susceperit*, de sorte que cette condition manquant les choses en reviennent au mesme point comme si la donation n'avoit point esté faite, *Argent. l. ei qui ita hered. D. de condit. inst.* & que par consequent toutes les hypotheques que le donateur a contractées sur les choses données finissent & demeurent sans effet, & cette opinion est la plus veritable & la plus suivie, car autrement il seroit au pouvoir des donataires d'éluder les revo-

cations & de les rendre inutiles ; cette condition revocatoire pour la survivance d'enfans est si naturelle qu'elle se fait de plein droit ; la declaration du donateur n'est pas mesme absolument necessaire, puisque ses enfans ne laisseroient pas de s'en prevaloir, quoy que leur pere n'eust pas marqué de volonté pour la revoquer ; en cette espece de donations cette condition est toûjours sous-entenduë si le donateur n'a point d'enfans. De sorte que cette condition venant à manquer, l'on presume que la donation n'a jamais esté faite, *deficiente conditione susceptis scilicet liberis, perinde est ac si nunquam fuisset donatum* : ainsi ces revocations procedans d'une cause antecedente les hypotheques cessent, parce que l'on est dans le vray cas de la regle, *resoluto jure dantis, resolvitur & jus accipientis.* Il en faut neanmoins excepter le doüaire de la femme, dont l'hypotheque subsiste sur les choses données au mary, suivant l'Article 449. de la Coûtume de Normandie. Mainard. l. 6. ch. 60. Papon des Donat. l. 11. art. 20.

En posant pour un principe certain, que les hypotheques contractées par le donataire sur les choses données, cessent & ne subsistent plus aprés la revocation de la donation, s'il arrivoit que le donataire en eust disposé, la récompense & le recours qui en seroit demandé par le donateur ou son heritier, auroient-ils hypotheque sur les biens du donataire du jour de la donation, ou seulement du jour du Contrat d'alienation ? L'on doit faire cette distinction ou les choses alienées sont encore en essence, ou elles ne subsistent plus : si elles sont encore en essence, comme l'alienation en est revocable, le donateur peut en reprendre la possession ; mais si les choses ne se trouvent plus ; comme par exemple si c'estoient rentes constituées dont le donataire eust reçû le rachat, il y auroit plus de difficulté pour sçavoir si la récompense du prix de ces rentes prendroit son hypotheque sur les biens particuliers du donataire du jour de la donation ou du jour du rachat ? L'on peut dire, que l'effet de la revocation estant de remettre les choses en leur premier estat, & le donataire ne pouvant empêcher par aucun acte de son fait qu'elle n'ait son execution entiere & parfaite, il s'ensuit que le donataire a affecté ses biens au donateur par l'acceptation qu'il a faite d'une donation sujette à revocation, & que comme il ne

peut pas empescher qu'elle n'ait lieu & qu'il est obligé de rendre tout ce qui luy a esté donné, l'action qui naist & qui procede de cette revocation doit avoir hypotheque du jour de la donation, parce qu'autrement la revocation pourroit demeurer inutile, lors que toute la donation où la plus grande partie consisteroit en rentes dont le donataire auroit reçû le rachat en un temps où il seroit insolvable. L'on répond que par l'acceptation de la donation, le donataire n'a contracté aucune obligation sur ses biens, il s'est mis en estat de profiter de la liberalité de son parent ou de son amy, mais en le faisant il ne contractoit aucun engagement, au contraire il en devenoit plus riche. De sorte que ceux qui contractoient avec luy n'avoient rien à craindre, car quand ils auroient dû prévoir que cette donation pouvoit estre révoquée, cela n'auroit regardé que les choses données, sur lesquelles il est vray de dire qu'ils n'avoient qu'une hypotheque incertaine & revocable; mais pour les autres biens du donataire, puis que la donation ne produisoit de soy aucun engagement sur iceux, & qu'il n'y avoit encore aucune repetition à prétendre, & qu'au contraire c'étoit un acte parfait & consommé; ils pouvoient contracter seurement & en bonne foy avec le donataire; il ne seroit donc pas juste qu'ils fussent privez de leurs hypotheques par un acte posterieur, forcé & involontaire, comme est le rachat d'une rente constituée, & c'est de ce temps-là seulement que le donataire est devenu obligé au donateur; avant cela le donateur n'avoit rien à luy demander sur ses biens particuliers, & quoy que la revocation se fasse en vertu d'une cause necessaire, & que par consequent il semble qu'elle doive avoir un effet retroactif, cela toutefois ne peut s'entendre que de la faculté que le donateur a de pouvoir revoquer & de reprendre des mains du donataire tout ce qu'il luy a donné; mais il ne s'ensuit pas que cette revocation produise une hypotheque sur les biens particuliers du donataire, au préjudice de ses creanciers qui ont contracté avec luy avant la revocation; que s'il oppose qu'ils ont dû prévoir cette revocation, on luy replique qu'il a dû luy-mesme prévoir que ces rentes étant perpetuellement rachetables il a dû s'asseurer & en empescher le rachat, s'il avoit la pensée ou l'esperance d'estre quelque jour en pouvoir de revoquer sa donation: Cette

De la revocation de la donation.

question seroit beaucoup moins douteuse, si les rachats avoient esté faits depuis la naissance des enfans, ou si la revocation n'avoit pas esté demandée par le donateur, mais par ses enfans seulement, comme ils le pourroient faire : La donation étant revoquée *ipso jure*, par la survenance d'enfans. Car le donateur ayant esté en pouvoir de s'asseurer, & l'action étant ouverte pour la revocation, il doit imputer à sa negligence s'il ne l'a pas exercée.

Comme par la revocation de la donation, fondée sur la survenance d'enfans, les hypotheques contractées par le donataire ne subsistent plus; l'on a pareillement agité cette autre question, si les hypotheques contractées par un acheteur prenoient aussi fin, lors que la vente étoit dissoute pour deception d'outremoitié de juste prix.

De la revocation de la donation par survenance d'enfans.

J'ay traité cette question sur l'Article 171. de la Coûtume de Normandie, à l'égard des lots & ventes, où j'ay fait voir qu'encore que l'acheteur pust retenir le fonds en suppleant le juste prix, & que par consequent la vente ne soit dissoute que par sa seule volonté, neanmoins les lots & ventes n'en sont point dûs au Seigneur feodal, parce que l'on considere plûtost la nature de l'action qui tend à revoquer le Contrat & à recouvrer la chose, que cette faculté que l'on donne à l'acquereur de pouvoir suppléer le juste prix. *Restitutio enim est tantum in obligatione, suppletio verò pretii in solutione seu in solvendi potestate.*

Ces raisons sont aussi decisives pour la resolution des hypotheques, car bien que la resolution du Contrat dépende de l'acheteur, & qu'il soit en son pouvoir de le faire subsister, & que par consequent la resolution en soit volontaire & non point necessaire, neanmoins suivant le sentiment commun des Docteurs, l'on considere plûtost, *id quod est in natura actionis revocatoriæ quæ competit ad rem, quàm illud quod est in nuda facultate solvendi pretium.*

Si la vente avoit esté faite à faculté de rachat, les hypotheques finissent si le vendeur retire en vertu de la condition, parce que la resolution du Contrat est absolument necessaire, *l. 2. C. de pact. emptor. & vendit.*

Mais cette regle que j'ay rapportée cy-devant, que *resoluto jure dantis resolvitur & jus accipientis*, n'a pas lieu lors que le fief

Le fief retourne au Seigneur déchargé de toutes dettes.

retourne au Seigneur; cette question autrefois si douteuse ne l'est plus maintenant, & l'on n'a plus suivy l'opinion des anciens Feudistes, depuis que les fiefs ont esté rendus patrimoniaux & hereditaires comme je l'ay montré sur l'Article 201. de la Coûtume de Normandie, qui decide que le fief retourne au Seigneur, déchargé tant des rentes foncieres & hypothecaires que dettes mobiliaires.

De l'usufruit, des emphyteoses, & des baux à longues années.

L'usufruit, les biens emphyteutiques, le bail à rente, les baux à longues années, peuvent estre hypothequez. *l. lex vectigali. D. de pign. l. tutor. §. fin. D. de pignor.* mais l'hypotheque n'en dure qu'autant de temps que l'usufruit, l'emphyteose & ces autres droits subsistent. *l. necessario. 8. §. ult. D. de peric. & comm. rei. jud. l. eum quem. C. de usufr.* La raison est que le droit de l'usufruitier, de l'emphytheute & du fermier à longues années, prend fin de necessité & non de volonté.

De l'apanage.

Chopin du Domaine du Roy. l. 3. t. 12. n. 7. dit que tant que l'apanage dure, l'apanager en peut librement disposer; mais lors que l'apanage prend fin, tous les droits d'hypotheque sont dissous & annullez, parce que l'apanage doit retourner au mesme estat qu'il a esté baillé.

La novation se fait par une dette mobiliaire constituée.

C'est une veritable novation qui décharge les cautions, lors que l'on convertit une dette mobiliaire en une constitution de rente. Jean & Pierre Riqueur s'obligerent à une somme de 4000 liv. & par le mesme acte Jean promit à son frere de l'indemniser: Depuis cette obligation fut constituée en rente par Jean Riqueur, à charge de faire intervenir son frere, & à faute de l'avoir fait, on le fit condamner par corps à rendre le principal, la veuve de Pierre Riqueur y fut aussi condamnée, dont ayant appellé, Morlet son Avocat disoit que par la constitution de l'obligation principale, il s'étoit fait une novation. *l. ult. C. de novat. quod secundam obligationem pro anterioribus elegerint.* Car au lieu d'une obligation pour une somme mobiliaire, ce creancier avoit choisi une constitution de rente; que pour operer une novation il n'est pas necessaire que le mot de *novation* soit employé dans le Contrat, quoy que cette Loy derniere semble l'ordonner de la sorte, mais elle n'est pas observée en France, & au contraire l'on y suit l'ancien Droit Romain; c'est pourquoy il suffit suivant le sentiment de Monsieur d'Argentré

sur

sur l'Article 273. de l'antienne Coûtume de Bretagne, n. 17. *ut tam apertæ conjecturæ sint, ut negari non possit*. Comme il arrive lors qu'une dette mobiliaire qui ne produit aucun interest, & qui est exigible toutesfois & quantes est constituée en rente, & que le principal ne peut plus estre exigé. Maurry pour le creancier demeuroit d'accord qu'il ne pouvoit pas demander le principal à l'Appellant, mais en renonçant aux interests, son obligation demeuroit en sa premiere nature & étoit exigible comme elle l'étoit auparavant : Par Arrest du 29 Mars 1661. la Sentence fut cassée, & l'Appellante déchargée de l'obligation.

Autre Arrest pareil du 1 Juillet 1677. entre Jacques le Prevost appellant, & Elizabeth Regnaut veuve de Daniel Chrestien, tutrice de leurs enfans, Intimée. Le fait étoit que Cardine le Febvre veuve de Guillaume Regnaut emprunta de Mᵉ Charles Potier Docteur en Medecine, la somme de 1500 liv. à la caution solidaire de Thomas Regnaut & de Daniel Chrestien son gendre, & n'ayant point rendu cét argent dans le terme qu'elle avoit promis, il se fit un autre Contrat, par lequel ladite le Febvre & Thomas Regnaut son fils, sans y appeller les heritiers de Daniel Chrestien, constituerent ces 1500 liv. en cent livres de rente, à laquelle ils s'obligerent solidairement. Le sieur le Prevost qui avoit acquis cette rente, pour estre payé des arrérages fit saisir les meubles d'Elizabeth Regnaut veuve de Daniel Chrestien : Le Vicomte ayant prononcé à bonne cause son execution, le Bailly avoit cassé sa Sentence, dont le sieur le Prevost étoit appellant : Le Febvre le jeune son Avocat, disoit que l'on ne pouvoit luy objecter de novation, puis que par le Contrat de constitution il avoit expressément stipulé que c'étoit sans déroger à sa premiere obligation, qui demeuroit en sa force & teneur, & sans faire préjudice à l'action qu'il avoit contre ses cautions, qu'il ne se faisoit point de novation si les contractans n'avoient point eu l'intention de la faire, §. *præterea quib. mod. oblig. toll. Instit.* mais parce qu'il est malaisé de juger de l'intention des contractans, Justinien ordonna qu'il n'y auroit point de novation si elle n'étoit stipulée. *l. novationum. C. de novat.*

Loriglu répondoit pour l'Intimé qu'il ne faloit plus parler de prest, ny de la premiere obligation, puis qu'elle étoit étein-

te, & que le creancier par l'alienation qu'il avoit faite du principal avoit renoncé à le pouvoir exiger, qu'il y avoit grande difference entre les deux Contrats, que le premier contenoit une obligation mobiliaire, exigible & prescriptible par trente années; l'autre étoit une constitution immobiliaire & perpetuelle, qui ne pouvoit estre prescrite que par 40 ans, & quoy que le creancier eust stipulé que c'étoit sans novation & sans déroger à la premiere obligation qui demeuroit en sa force & vertu, neanmoins cette reservation ne pouvoit valoir contre la la caution qui n'étoit point intervenuë à ce nouveau Contrat, puis que par ce moyen son obligation étoit éteinte si absolument que l'on ne pouvoit plus en demander le payement ny à Cardine le Fevre & à Thomas Regnaud, ny par consequent aux heritiers de Daniel Chrestien: D'ailleurs le creancier étoit non recevable à inquiéter la caution, puis qu'il luy avoit osté les moyens de se faire payer; car s'il poursuivoit pour sa recompense le principal obligé, il objecteroit avec raison qu'il n'étoit point tenu d'acquitter le principal, parce qu'il étoit alиené: Par l'Arrest la Sentence fut confirmée.

Quand l'hypotheque se perd contre les cautions.

Le creancier ne perd pas seulement l'hypotheque de sa premiere obligation contre les cautions & les fidejusseurs, lors qu'en leur absence il en change la nature, & que d'une obligation mobiliaire & exigible il en fait une constitution de rente immobiliaire & perpetuelle; il tombe encore dans les mesmes inconveniens, lors qu'il prend un heritage en payement d'une somme mobiliaire, il en est de mesme lors que le cessionnaire d'une somme mobiliaire se rembourse par la vente d'un fonds, car quoy que par aprés il en soit depossedé la caution est déchargée de son obligation, suivant un Arrest que je raporteray dans la suite.

Cela neanmoins reçoit beaucoup de difficulté; car puis que le creancier qui a pris du bien en payement de sa dette ne laisse pas de rentrer en ses droits quand il en souffre l'eviction, parce que le Contrat qu'il a fait contient une condition tacite en cas qu'il ne soit pas depossedé de son acquisition, le fidejusseur n'a pas plus de droit que le debiteur étant la mesme personne qui rentre dans ses droits à cause que son acquisition, ne subsiste plus; de sorte que le fidejusseur ne s'en peut prévaloir demeu-

tant obligé comme il estoit auparavant par la resolution de la quittance que le creancier avoit baillée sous cette condition tacite qu'il demeureroit paisible possesseur de son acquisition, ce qui n'estant pas ni le debiteur ni sa caution ne sont point liberez, *quia solutum non videtur quod solutum non durat.*

Mais il y a difference entre le debiteur & sa caution, durant le temps que le creancier a joüy de la chose qui luy a esté baillée en payement, l'obligation a veritablement cessé, mais elle n'a pas esté entierement éteinte, *aliud enim est obligationem cessare; aliud extingui.* Une obligation absolument éteinte ne peut plus revivre, mais comme la liberation qui procede d'un Contrat de vente, renferme toûjours necessairement cette condition, que l'acquereur soit conservé en la paisible possession de la chose venduë, l'obligation par consequent n'est point veritablement acquitée, si le payement n'en subsiste point, comme je l'ay remarqué dans le chap. 17.

L'obligation une fois éteinte ne revit plus.

L'on ne peut pas dire la mesme chose à l'égard de la caution, parce que le creancier en acceptant quelque chose pour le payement de sa dette, il luy fait un préjudice irreparable, en luy ostant les actions qu'il pouvoit avoir contre le debiteur pour le liberer: Car le debiteur estant poursuivy ne manqueroit pas d'objecter que la dette seroit acquitée, & que par consequent son action estoit inutile, & cependant ses facultez & ses meubles venans à perir ou diminuer, le fidejusseur se trouveroit engagé aprés avoir esperé que le creancier n'avoit plus rien à luy demander. Et c'est pourquoy quelque stipulation que ce creancier puisse employer en son Contrat, en l'absence de sa caution, il se doit faire une extinction à son égard, & non pas une simple novation.

Cette question a esté jugée diversement au Parlement de Roüen: le nommé Heloüin intervint caution de Fichet envers Renard, pour dix livres de rente; Fichet pour se liberer de cette rente vendit un heritage à Renard moyennant trois cens livres; cet acquereur aprés en avoir joüy long-temps en fut dépossedé pour les dettes de son vendeur; il retourna contre Heloüin, qui luy opposa une fin de non recevoir, fondée sur le Contrat de vente qu'il avoit fait avec le principal obligé qui avoit esté pleinement executé, & en consequence la rente

ayant esté éteinte, elle ne pouvoit plus revivre, *finita erat pignoris obligatio, & à contractu recessum. l. eleganter. D. de pignor. act.* C'est une regle de Droit, que *res semel extincta numquam reviviscit*, la rente avoit esté parfaitement éteinte par l'achat d'une terre dont le creancier avoit retenu les deniers pour se rembourser, *solutioni, verbum omnem liberationem continet quoquomodo factam*; l'obligation fidejussoire ne peut subsister aprés l'extinction de l'obligation principale, *l. cum principalis. D. de Reg.* Renard representoit qu'il faloit considerer la cause du rachat de la rente, il avoit esté fait par le moyen d'un heritage qui luy avoit esté baillé en payement; mais ce fonds luy estant osté, les choses retournoient en leur premier estat, *cessante causâ, cessat effectus.* Ce qui sert de réponse à cette Loy, que *solutione ejus quod debetur tollitur obligatio*, car cela s'entend si le payement subsiste, *si solutum durat, mortua quidem actio non reviviscit, sed sopita resuscitatur*, & comme parlent les Docteurs, *non à morte, sed à somno resurgit.* Par Arrest du 18 Decembre 1602. l'on confirma la Sentence, par laquelle Heloüin avoit esté condamné au principal & aux arrerages de la rente.

Depuis l'on a jugé plusieurs fois le contraire; le 12 May 1648, en l'Audience de la Grand' Chambre, l'on donna Arrest sur ce fait. Aubin Collet estoit redevable à Pierre Duval d'une certaine somme, Duval ceda cette rente à Thirel, qui prit de Collet en payement un heritage appartenant à sa femme; les biens de Collet ayant esté saisis réellement, & Thirel ayant esté dépossedé de son acquest, Chevreüil Tuteur de ses enfans, appella Duval en garantie pour le faire payer sur les biens de Collet, à quoy ayant esté condamné, Caruë son Avocat s'aidoit de l'Arrest rendu entre Cicero & Renard, & d'un autre donné au Rapport de Mr Godart le 7 Aoust 1632. entre Gilles Varrou & Gilles Guichard, dans le vû duquel Arrest l'on avoit énoncé les Arrests contraires: le Petit pour Chevreüil, se fondoit sur les raisons dont Heloüin s'estoit servi en l'Arrest précedent: Par l'Arrest la Sentence fut cassée, & Duval fut absous de la demande de Duval.

L'Arrest rendu au Rapport de Monsieur Godart estoit intervenu sur ce fait. Catherine Chapelle & Jean le Febvre, à la caution solidaire de David Mauborgne, s'obligerent en 150 liv. de rente envers Guillaume Poisson: Quelque temps aprés le Febvre

vendit des heritages à Poisson pour demeurer quitte de cette rente, & depuis en ayant esté évincé par decret ; sans y avoir appellé Mauborgne, qui fut ensuite decreté, la nommée Fillastre veuve de Poisson se presenta pour estre colloquée en la datte du Contrat de constitution desdits cent cinquante livres de rente ; Les creanciers de Mauborgne soûtinrent qu'il avoit esté liberé, par la vente qui avoit esté faite à Poisson par le Febvre principal obligé, & par l'éviction qu'il avoit soufferte sans y appeller Mauborgne : Ce qui fut Jugé, tant par le Vicomte & par le Bailly, & par l'Arrest entre Marthe Fillastre veuve dudit Poisson, & du Thuit Intimé.

On a étendu cette Jurisprudence à celuy qui avoit cedé une rente ; le sieur de Creulet fit cession au sieur de Tilly Blondel de la somme de 1400 liv. qui luy estoient dûës par le sieur de Fierville: quelque temps apres le sieur de Tilly prit en payement de cette somme quelques Terres qui luy furent venduës par le sieur de Fierville, & en ayant esté dépossedé aprés 38 ans, il appella en garantie les heritiers du sieur de Creulet. Le Cornu sieur de Labindeliere, & de Valois sieur de Beauvoisien, deux d'iceux s'estoient chargez de garantie, & depuis estant mieux consultez, ils appellerent de la Sentence qui les avoit condamnez, & mirent en la cause de Pierre Pont Sieur de Baudreville, leur coheritier. Le Febvre pour le sieur de Tilly, s'appuyoit sur cette raison, qu'il n'y avoit aucune novation par le Contrat qu'il avoit fait avec le sieur de Fierville, suivant la Loy derniere; *Cod. de novationibus.* Je répondois pour le sieur de Pierre Pont, qu'il n'y avoit pas seulement une novation, mais une veritable extinction de la dette, qu'il ne restoit plus qu'une action utile, *ex empto* contre son vendeur, *in quantitatem debiti, vel ejus quod interest*, qu'il ne pouvoit pas leur demander des interests d'éviction, ne luy ayant rien vendu ; que s'il pretendoit seulement repeter les quatorze cens livres, il n'y estoit plus recevable aprés trente ans, estant une somme mobiliaire qui se prescrit par ce temps-là, que par l'achat qu'il avoit fait de cette terre il leur avoit osté les moyens de pourvoir à leur seureté ; parce qu'ils l'autoient contraint de saisir les meubles & les immeubles du sieur de Fierville : Par Arrest du 20 May 1659. les heritiers furent déchargez de la garantie.

Pour faire cesser ces difficultez, le Parlement de Roüen en a fait une Loy en l'Article 132. du Reglement de 1668. dont voicy les termes : *l'Obligation du plege est éteinte, quand la dette a esté payée par le principal obligé, lequel neanmoins peut subroger celuy qui a baillé les deniers pour acquitter la dette à l'hypotheque d'icelle sur ses biens seulement, & non sur ceux du plege.*

Cet Article ne doit pas estre entendu de ceux qui s'obligent solidairement, quoy que l'un d'eux ait pris separément une indemnité. En 1614. les nommez Rabot & le Brun, s'estoient obligez solidairement envers le sieur de Mathan en 35 livres de rente, & en mesme temps & devant les mesmes Tabellions en l'absence du sieur de Mathan : Rabot donna une indemnité au Brun, reconnoissant qu'il avoit reçû les deniers provenans de cette constitution. En 1634. Rabot vendit des heritages au Sr de Mathan, pour le payement desquels on le tint quitte du principal & des arrerages de cette rente, avec stipulation expresse que s'il estoit dépossedé pour les dettes de son vendeur, son obligation demeureroit en sa forme & teneur sur tous les obligez & sans novation : le sieur de Mathan long-temps aprés ayant esté dépossedé par une saisie réelle, de la Boude Vicomte de Thorigny, à qui ledit sieur de Mathan avoit fait cession de ses droits fit sommation aux heritiers du Brun, d'encherir les heritages à si haut prix qu'il pust estre payé de sa dette, à faute dequoy il concluoit personnellement contr'eux, à quoy lesdits heritiers ayant esté condamnez ; sur leur appel, de Cahagnes les défendoit par ces deux moyens, que depuis l'année 1614. on ne leur avoit fait aucune demande de cette rente jusqu'en l'année 1662. & par consequent qu'elle estoit éteinte par l'achat que le sieur de Mathan avoit fait des heritages de Rabot, on ne pouvoit la faire revivre à leur préjudice, n'ayant esté presens ni appellez à ce Contrat, qu'ils ne devroient estre considerez que comme des cautions : Rabot ayant donné une indemnité à leur pere dés le mesme jour de la constitution ; Greard pour de la Boude soûtenoit au contraire, que la possession sur l'un des obligez solidairement estoit suffisante pour interrompre la prescription, que par le Contrat de vente il y avoit stipulation expresse, qu'en cas d'éviction la premiere obligation demeureroit en sa force, & sans novation, & que cette stipulation operoit sur tous les obligez solidairement, bien qu'ils n'eussent esté pre-

sens au Contrat, qu'il y avoit difference entre des obligez solidairement & des cautions, & que l'indemnité qui avoit esté donnée separément n'estoit point considerable: par Arrest du 8 Juillet 1666. la Cour mit sur l'appel les parties hors de Cour.

Comme il n'est pas raisonnable que la caution demeure toûjours engagée, elle peut poursuivre sa liberation contre le principal obligé en quatre cas. Le premier, lors qu'il s'est écoulé un long-temps depuis le cautionnement: *si diu steterit in obligatione*. Mais l'on explique diversement le terme de *diu*. Quelques-uns limitent ce long-temps à deux années; les autres l'étendent jusqu'à dix années; Mais la pluspart des Docteurs estiment que cela se doit décider par les circonstances particulieres: *l. si pro eo, & ibi glos. D. mand. C.* Papon en ses Arrests t. des Pleges. Art. 18. Guy Papé Décis. 117. Le second cas est lorsque le debiteur est mauvais ménager, & que le desordre paroît en ses affaires, *cum vergit ad inopiam*. Le troisiéme, si la caution a souffert des executions en ses biens, & si elle a esté forcée de payer la dette. Ces trois cas sont exprimez en la l. *Lucius Titius D. mand. si diutius in obligatione cessavit*, & comme ajoûte Monsieur Cujas sur cette Loi, *si diu. moras trahat*. Le dernier cas, est lorsque le fidejusseur a limité la durée de son cautionnement, & qu'il a stipulé que dans un temps le principal obligé seroit tenu de le liberer. Auparavant l'Ordonnance de 1667. lorsque le principal obligé n'avoit point satisfait à sa promesse, l'usage estoit de l'y contraindre & par corps, & quand il n'y avoit point de temps limité dans le Contrat, on luy donnoit un temps aprés lequel il estoit condamné par corps, quoy que la caution n'eust encore rien payé pour luy, *frequentissimè solet agitari an & fidejussor priusquam solvat agere possit, ut liberetur, non tamen semper expectandum est, ut solvat aut ut judicio accepto condemnetur: si diu debitor in solutione cessavit. D. l. Lucius Titius. D. mand.*

Quand la caution peut poursuivre la liberation.

Deux beau-freres s'estant cautionnez respectivement, l'un ayant liberé l'autre de son cautionnement, il demanda que son frere le fit aussi décharger, à quoy l'ayant fait condamner; Sur l'appel je soûtins que cette condamnation estoit rigoureuse, parce que par le Contrat il n'estoit point obligé de racheter la rente, qu'il n'y avoit point encore dix ans depuis le cautionnement, qu'il n'avoit jamais esté inquieté par le creancier, &

qu'enfin l'on ne pouvoit accuser l'Appellant de mauvais ménage, & que par consequent il estoit dans les termes précis de la *l. si pro ea, C. mand. nullà juris ratione ad eam solutionem urgeri poterat.* Pilastre pour le cofidejusseur répondoit qu'il avoit juste raison de demander qu'on le liberast, qu'il avoit fait la mesme chose ayant de sa part déchargé son frere de son intervention, ce qui l'obligeoit d'en user de la méme maniere : Par Arrest du 3 Aoust 1650. la Sentence fut cassée.

Autre Arrest sur ce fait, Messire Antoine de Limoges sieur de Saquenville, par son Contrat de mariage passé devant les Notaires le 28 d'Aoust 1668. reconnut avoir reçû de Maistre Gabriel le Doux, Ecuyer sieur de Melleville, President au Presidial d'Evreux la somme de 30000 livres pour la dot de la Demoiselle sa fille, laquelle ledit sieur de Saquenville consignoit sur tous ses biens, mais le mesme jour le sieur de Melleville luy donna une contre-lettre par laquelle il déclaroit n'avoir payé que 1000 livres, & pour les 29000 liv. restans, il promettoit de les employer à l'acquit des dettes du sieur de Saquenville, & où ils seroient plus que suffisans il luy en feroit l'interest : Aprés la mort du sieur de Saquenville, sa veuve poursuivit rigoureusement le fils de son mary, qui estoit né du premier mariage pour estre payée de sa dot ; il ne pût s'en défendre quoy que son pere n'en eust rien reçû, parce que la contre-lettre ne le mettoit pas à couvert, c'estoit assez qu'il eust confessé d'avoir reçû ses deniers dotaux, pour l'obliger à l'égard de la femme, qui n'ayant point signé à cette contre-lettre ne pouvoit estre obligée de retourner sur son pere : De sorte que ledit sieur de Saquenville se trouvoit chargé d'une rente dotale, dont il n'avoit rien reçû, & d'ailleurs le sieur de Melleville n'ayant point acquité des dettes jusqu'à la concurrence des 29000 liv. il demeuroit encore engagé envers les creanciers de son pere. Pour se liberer de la poursuite de ceux qui restoient à payer, il poursuivit le Sieur de Melleville devant le Juge d'Evreux, pour l'obliger à payer à son acquit 12792 livres dont il estoit encore debiteur : Par Sentence il fut dit que le Sieur de Melleville bailleroit caution, que cette somme seroit payée à l'acquit des dettes du Sieur de Saquenville, en sorte qu'il n'en seroit inquieté, laquelle caution il fourniroit dans le mois, autrement il estoit condamné à payer

dans

dans six mois les 12792. liv. si tant en restoit à payer : Sur l'appel de cette Sentence par le sieur de Saquenville, je remontray pour luy, que non seulement il n'estoit point tenu de se contenter d'une caution, mais mesme que la caution la plus solvable ne le pouvoit garantir d'un rappel à partage qui paroissoit inevitable, que le sieur de Melleville traitant avec un Gentilhomme sans experience avoit sçû prendre ses avantages, il luy avoit fait consigner sur tous ses biens une somme de 30000 liv. dont il n'avoit payé que 1000 liv. le sieur de Melleville ayant retenu le reste, sous pretexte d'acquiter des dettes, sans toutefois s'engager à le faire dans un certain temps; que s'estant écoulé 12 années sans avoir executé sa promesse, le sieur de Saquenville avoit pû le mettre en action pour le faire condamner à faire ce rachat, n'estant pas raisonnable qu'il demeurast perpetuellement obligé à des creanciers que le sieur de Melleville estoit tenu d'acquiter, que ce n'estoit pas une question nouvelle, de sçavoir si le fidejusseur ou celuy que l'on s'estoit chargé d'acquitter une dette, pouvoit contraindre l'obligé d'y satisfaire quoy qu'il n'y eust point de temps prefix, ou que le fidejusseur ou mandataire n'eussent rien payé, que l'affirmative se trouvoit expressement decidée en la *l. Lucius Titius. ff. mandati, frequentissimè agitari solet an & fidejussor priusquam solvat agere possit ut liberetur ? nec semper enim exspectandum est ut solvat vel judicio accepto condemnetur si diu in obligatione cessavit, aut certè bona sua dilapidarit*, & dans la *l. si pro eâ. C. eod.* L'on y ajoûte encor cet autre cas, *si justam metuendi causam præbeat :* toutes ces conditions se rencontroient en cette cause, le sieur de Melleville *diu cessaverat in obligatione,* douze années s'estoient écoulées depuis qu'il s'estoit soûmis d'acquiter ; lors que l'on a demandé en quel cas on pouvoit dire que l'obligé *diu cessarit in obligatione,* l'opinion la plus favorable ne va point au delà de dix années ; or il y en avoit douze, il n'estoit donc plus en estat de pretendre une prolongation, & l'offre d'une caution n'estoit pas recevable, car il n'estoit pas juste qu'aprés un si long-temps *diutius remaneat in obligatione,* que ces cautions sont souvent mal assurées, *plus cautionis est in re quàm in personâ,* qu'il n'estoit obligé par aucune Loy de se contenter d'une caution, & cependant la Sentence estoit si injuste que le sieur de Melleville estoit absolument déchargé d'en faire

le rachat ; mais enfin cette caution ne le pouvoit garantir du rappel à partage, le sieur de Melleville ayant beaucoup plus promis qu'il n'appartenoit à la Dame sa fille, que les freres ne manqueroient pas à demander la reduction, si l'argent estoit encor dû aprés la mort du sieur de Melleville, ce qui donnoit un sujet tres-juste au sieur de Saquanville d'exiger le payement entier de ces promesses, puisque ce rappel à partage *tam justam metuendi causam præbebat.* Theroude pour le sieur de Melleville soûtenoit qu'il n'y avoit aucun pretexre pour l'obliger à faire le rachat, n'y ayant point de temps limité par le Contrat de mariage, & le sieur de Saquanville n'ayant rien payé, de sorte que son empressement n'avoit point de pretexte ; il s'aidoit aussi de la clause du traité de mariage, qui contenoit que si les 29000 liv. estoient plus que suffisantes pour acquiter les dettes, il feroit l'interest du surplus pour le racquiter à sa volonté, d'où il concluoit qu'il avoit la faculté de faire la rente & de n'acquiter point les dettes ; pour le rappel à partage, qu'il n'y avoit pas lieu de le redouter, la mere ayant signé à la contre-lettre : Par Arrest du 23 May 1680. la Sentence fut cassée, & le sieur de Melleville condamné de payer les 12792 livres dans deux fois six mois, deduction faite de 1200 livres, dont le sieur de Saquanville luy estoit redevable.

La condamnation par corps ne se juge point contre l'heritier.

Sur ce sujet, il faut faire ces deux observations : La premiere, que la condamnation par corps ne se juge point contre l'heritier du principal obligé, on peut seulement le poursuivre par la saisie de ses biens.

La seconde, que depuis l'Ordonnance de 1667. qui abolit les contraintes par corps, on a douté si le principal obligé pouvoit estre condamné par corps sur la poursuite du fidejusseur à payer la dette ? On n'a point fait de difficulté de la juger pour les obligations contractées avant l'Ordonnance, parce que sa disposition ne peut avoir lieu que pour l'avenir. Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre le 13 de Juin 1670. entre la Fosse & Saulet, l'obligé fut condamné par corps, & on ajoûta que c'estoit pour les obligations passées avant l'Ordonnance.

Autre Arrest contre de la Boude du 18 de Decembre 1670. Il y en a encore un troisiéme du 27 de Novembre 1671. pour la

Dame Mallet qui avoit cautionné le Sieur du Vandore son fils. Cette Ordonnance ostant absolument aux Juges la liberté de l'expliquer, on n'a point encore decidé la question pour les Contrats passez depuis cette Ordonnance : Il seroit rigoureux d'étendre l'Ordonnance contre les fidejusseurs, & de leur oster un moyen si favorable & si legitime d'obtenir leur décharge.

Que si le fidejusseur aprés la condamnation obtenuë contre le principal obligé est forcé de racheter la rente à cause de sa négligence ou de son impuissance, & de prendre une cession d'actions du creancier, on demande si aprés cela il peut contraindre le debiteur à racheter, car on peut apporter en sa faveur la distinction entre le rachat volontaire & forcé? Quand il fait le rachat de la rente volontairement, il est sans doute que les deux qualitez de creancier & de fidejusseur sont incompatibles : mais quand ces deux qualitez ne se rencontrent ensemble qu'aprés avoir fait condamner le debiteur à payer ou à racheter la rente, il n'est pas juste qu'il profite de son dol ou de son opiniâtreté, & la caution qui pour se mettre à couvert des poursuites rigoureuses d'un creancier a racheté la rente ne doit pas perdre le profit & l'avantage des condamnations qu'il a obtenuës, cette confusion d'actions & de droits qui est survenuë depuis estant forcée & non volontaire : le debiteur dit au contraire qu'il est incompatible qu'une mesme personne puisse demander les arrerages & forcer le debiteur à racheter, *nam impossibile est*, dit du Moulin, *de usur. q. 29. quod reditus currat & debeatur; si debitor cogi possit sortem restituere, & eo ipso quod effectus est creditor quocumque titulo sive lucrativo, sive oneroso, & eo ipso quod jure creditoris fœneratitii vult uti se se invicem perpetuo obligat, ut debitor quantùm volet sortem habeat*, & comme le creancier ne pourroit jamais forcer le debiteur à cette restitution, celuy qui succede à ses droits ne le peut faire, le sort principal ne peut estre demandé qu'en faisant cesser l'interest, *hæc sunt pugnantia & unum per aliud extinguitur*; Brodeau sur Monsieur Loüet l. F. n. 27. cite un Arrest qui l'a jugé de la sorte pour le debiteur, & c'est aussi la Jurisprudence de ce Parlement: de Mal-Filastre sur la poursuite du Sieur Huë Vicomte de Caën sa caution fut condamné par corps à faire le rachat d'une rente, ce que n'ayant point fait

Du rachat volontaire & forcé.

cette rente fut rachetée par cette caution qui voulut se liberer : Les enfans du sieur Huë ayant fait arrester Mal-Filastre, il pretendit que son emprisonnement estoit tortionnaire, parce que sa caution par le rachat de la rente avoit éteint l'action fidejussoire, & qu'il étoit contre la nature des rentes constituées d'exiger les interests & en mesme temps de contraindre le debiteur à la restitution du principal. Le fidejusseur remontroit que la condamnation par corps avoit precedé le rachat, & si pour acquerir son repos voyant la negligence & le dol du debiteur il avoit racheté la rente, sa condition n'en estoit pas devenuë plus mauvaise, autrement ce seroit favoriser la malice & l'ingratitude du debiteur, par Arrest du 28 d'Aoust 1659. de Mal-Filastre eut provision de sa personne.

On a mesme étendu cette Jurisprudence contre un vendeur, qui avoit racheté la rente dont il avoit chargé l'acquereur quoy qu'il n'eust fait ce rachat qu'aprés avoir obtenu condamnation contre luy. Le Coq avoit vendu des heritages à Maistre Hervé Fossé à condition de l'acquiter d'une rente constituée & d'en faire le rachat dans un certain temps : Fossé estant poursuivi par le Coq à faute par luy d'executer sa promesse il fut condamné & par corps ; cependant le Coq voyant la negligence de Fossé, & lassé de payer les arrerages racheta la rente, & prist cession des droits du creancier : Quelque temps aprés Fossé ayant esté emprisonné pour le principal & les arrerages de cette rente, on luy donna la liberté par Sentence, dont le Coq ayant appellé, elle fut confirmée par Arrest en la Chambre de l'Edit du seiziéme d'Aoust 1664. au Rapport de Monsieur de Camilly.

Depuis l'Ordonnance de 1667. l'on a fait cette difficulté, sçavoir si celuy qui a pris de l'argent en rente, à condition d'en faire l'employ ou au rachat d'une rente, ou en acquisition d'heritage pouvoit estre condamné, & par corps, à la restitution des deniers qu'il a reçûs ? L'affirmative fut jugée en l'Audience de la Grand'Chambre le 30 Juillet 1682. sur ce fait. En 1669. le Sieur de Sainte Marie Canchi se constitua en 500 liv. de rente au profit du Sieur de la Croisette Gouverneur de la Ville & Chasteau de Caen, à condition d'employer les 9000 liv. qu'on luy bailloit au rachat d'une rente dont il s'estoit chargé

par

par le Contrat d'acquisition de la terre du Lorey ; mais n'ayant point executé la clause de son contrat, Dame Françoise Daufin veuve du Sieur de la Croisette, le poursuivit pour la restitution de ses deniers : Sur l'apel de la Sentence qui le condamna à faire le rachat dans six mois, il soûtenoit qu'il avoit esté mal jugé de l'avoir condamné & par corps à racheter la rente, que l'on ne pouvoit prononcer contre luy qu'une condamnation civile sur ses biens. Ce qui estoit si certain que Monsieur du Rolet Maistre des Requestes & fils de la Dame Intimée, l'ayant poursuivi pour la mesme chose, il en avoit esté déchargé par Sentence des Requêtes de l'Hôtel, & que c'estoit la Jurisprudence du Parlement de Paris.

Je répondois pour la Dame de la Croisette, que le stellionat estoit excepté par l'Ordonnance, qu'il ne restoit plus qu'à montrer que le Sieur de Canchi estoit tombé dans ce crime. Si sous le mot de stellionat l'on comprend tout ce qui se fait par dol, *nomine stellionatus continetur fallacia & quidquid dolo admittitur in fraudem alterius* ; Cujas le définit de la sorte en son Paratitle sur le Tit. *de crim. stell. C. D.* & suivant la Loy 1. au même Titre, *Stellionatus objici potest his qui dolo quid fecerunt*, & par cette mesme Loy c'est estre coupable de ce crime, *Si debitor rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem distraxerit.* A plus forte raison celuy qui emprunte de l'argent à condition d'en faire un certain employ commet un stellionat, parce qu'il frustre son creancier de la seureté qu'il avoit stipulée ; il est vray que l'on ne prononce plus la contrainte par corps pour les Contrats passez depuis l'année 1667. contre les debiteurs, pour les obliger à décharger leurs cautions, parce que l'on ne peut imputer comme une fraude à un debiteur si son impuissance l'empêche de liberer sa caution, sur tout lors qu'il n'y en avoit point de stipulation expresse par le Contrat ; mais celuy qui emprunte de l'argent, & qui n'en fait pas l'usage qu'il avoit promis, ne se peut défendre d'un dol volontaire & inexcusable, & on l'avoit toûjours jugé de la sorte en Normandie : Par Arrest du mesme jour la Sentence fut confirmée.

Du crime de stellionat.

FIN.

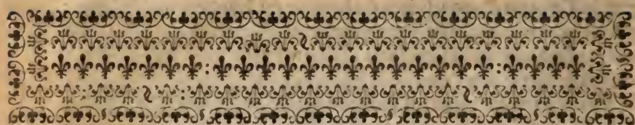


TABLE DES MATIERES

COMPRISES DANS LES DEUX Parties, premiere & seconde ; où ces deux lettres S. & P. marquent la Seconde Partie.

A

D

G

H

I

L

M.

N

O

P

Q

R

S



FIN.






B

